



UNIVERSIDAD AUTONOMA DE MADRID

INSTITUTO UNIVERSITARIO DE INVESTIGACION ORTEGA Y GASSET

Programa de Doctorado

DERECHO INTERNACIONAL Y RELACIONES INTERNACIONALES

Título de la Tesis Doctoral

**“DISCRIMINACION POR *SEXUALIDAD* EN EL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.
CON ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCRIMINACIÓN POR
ORIENTACIÓN SEXUAL E IDENTIDAD DE GÉNERO”**

Doctoranda

XIMENA GAUCHE MARCHETTI

Director de la Tesis

Dr. JOSE ANTONIO PASTOR RIDRUEJO
(Universidad Complutense de Madrid)

Co-Directora de la Tesis

Dra. SOLEDAD TORRECUDRADA GARCIA-LOZANO
(Universidad Autónoma de Madrid)

Madrid, 2011

Memoria realizada por la Licenciada Doña Ximena Gauché Marchetti, bajo la dirección del Dr. Don José Antonio Pastor Ridruejo y la co dirección de la Dra. Doña Soledad Torrecuadrada García-Lozano. Sobre el tema Discriminación por sexualidad en el derecho internacional de los derechos humanos. Con especial referencia a la discriminación por orientación sexual e identidad de género, presentada en el mes de marzo de 2011 para la obtención del Título de Doctora en Derecho.

Hace seis años inicié un viaje.
Sólo ha sido posible avanzar en el camino porque no he estado sola en la travesía.
A Felipe siempre. Por el amor que da y la vida que le pone a mi vida.
Gracias hijo y perdón por el tiempo de ambos que he robado sólo para mi.
A Nelson. Por ser el mejor compañero en este camino.
Los amo de manera infinita.
A Queta y Verónica. Grandes mujeres y amigas.
A Beltrán. Siempre presente en la ausencia.
A las amigas y amigos de siempre y a los que la vida ha ido regalando con los años.
A la gente especial que el destino ha puesto en el camino para mostrarme buenas cosas de la vida y de la
hermosa profesión que he elegido.
Muchos no sabrán nunca cuanto me han enseñado.
Yo lo sabré siempre y eso es maravilloso.

A todos Ustedes agradezco y dedico este trabajo.

Agradezco también al equipo docente y administrativo del Programa de Doctorado en Derecho Internacional
y Relaciones Internacionales del Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset, especialmente a su
Director, Dn. Antonio Remiro Brotóns; a su Coordinadora, Dña. Soledad Torrecuadrada; y al Director y
Guía de esta Tesis, Dn. José Antonio Pastor Ridruejo.
Cada uno de Ustedes ha ilustrado mi camino profesional y lo agradeceré siempre.

Concepción, Chile. 25 de Febrero de 2011.

INDICE

INTRODUCCION GENERAL	17
I. JUSTIFICACION DEL TEMA DE INVESTIGACION	17
II. PREGUNTA, OBJETIVOS E HIPOTESIS DE LA INVESTIGACION	23
III. METODO DE TRABAJO	24
IV. ESTRUCTURA DEL TRABAJO	28

PRIMERA PARTE

UNA MIRADA SOBRE LA SEXUALIDAD HUMANA, EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS:

SEXO, IDENTIDAD DE GENERO, ORIENTACION SEXUAL Y DISCRIMINACION.
ENFOQUES TEORICOS Y RECORRIDOS JURIDICOS.

CAPITULO PRIMERO

HACIA UNA IDEA AMPLIA DE LA SEXUALIDAD HUMANA.

DEL CONCEPTO DE *SEXO* A LA *IDENTIDAD DE GENERO* Y LA *ORIENTACION SEXUAL*

INTRODUCCION AL CAPITULO	37
1. LA PRESENCIA DE LA SEXUALIDAD Y EL SEXO A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS. DIFERENTES MIRADAS	37
1.1. La mirada desde lo cotidiano	38
1.2. La mirada desde lo científico	42
2. PERSPECTIVAS CULTURALES. SEXUALIDAD HUMANA Y CIVILIZACIONES	56
2.1. Sexualidad Humana en las Civilizaciones Occidentales	58
2.2. Sexualidad Humana en la Civilización Musulmana o Islámica	65
2.3. Sexualidad Humana en las Civilizaciones Orientales	72

3. UNA APROXIMACION A LOS CONTENIDOS DE LA SEXUALIDAD. SEXO, GENERO Y CONDUCTAS SEXUALES	75
3.1. La concepción biológica: el <i>sexo</i> de cada persona	78
3.1.1. La composición cromosomática	78
3.1.2. Los órganos reproductores. Los genitales externos y los genitales internos	80
3.1.3. El componente hormonal	82
3.1.4. Las características sexuales secundarias	82
3.1.5. Las distintas clases de sexo	82
3.2. La construcción social: el <i>género</i> de cada persona	83
3.2.1. El concepto de <i>género</i>	83
3.2.2. El rol de <i>género</i>	86
3.2.3. La representación de <i>género</i>	87
3.2.4. La identidad de <i>género</i>	88
3.3. La conducta sexual: la <i>orientación sexual</i> de cada persona	91
3.3.1. La orientación sexual	92
3.3.1.1. Precisando el concepto de <i>orientación sexual</i>	92
3.3.1.2. Reconociendo las distintas <i>orientaciones sexuales</i>	93
3.3.1.3. Buscando las explicaciones a las distintas <i>orientaciones sexuales</i> y reconociendo su tratamiento	94
3.3.2. Nociones generales sobre otras conductas vinculadas a la sexualidad	99
3.3.2.1. Las manifestaciones del comportamiento sexual	99
3.3.2.2. Las variaciones del comportamiento sexual	102
3.3.2.3. La coerción sexual o violación y el acoso sexual	108
3.3.2.4. El comercio sexual	109
3.3.2.5. Los trastornos sexuales	112
3.3.2.6. Las enfermedades sexuales	113
3.3.2.7. La procreación humana	117
3.3.2.7.1. La reproducción asistida	118
3.3.2.7.2. La anticoncepción	122
3.3.2.7.3. El aborto	125
REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO	127

CAPITULO SEGUNDO

LA DISCRIMINACION EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

UN ANALISIS DE LAS DESIGUALDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO

INTRODUCCION AL CAPITULO	129
1. LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTO PARA HABLAR DE DISCRIMINACIÓN.....	129
1.1. Ideas Preliminares sobre una aproximación a la Idea de Igualdad	129
1.2. El concepto y las concepciones de Igualdad	133
1.3. El carácter relacional de la Igualdad	135
1.4. Las distintas concepciones de Igualdad	138
1.5. La Igualdad en la Declaración Universal de Derechos Humanos	145
2. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACIÓN EN EL ÁMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	148
2.1. Los distintos sentidos del término Discriminación. “Distinguir” y “Discriminar”.....	148
2.2. Distintas formas de Discriminación	152
2.2.1. Discriminación Directa e Indirecta	152
2.2.2. Discriminación Formal y Sustantiva	155
2.2.3. Discriminación Múltiple	156
2.3. Discriminación y “Acciones Positivas” o “Acciones Afirmativas”	157
2.3.1. Justificación y Objetivo de las “Acciones Positivas”.....	157
2.3.2. Antecedentes Históricos	159
2.3.3. Los problemas doctrinarios en la búsqueda de un concepto. Un concepto genérico de “Acciones Positivas” como opción	161
3. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	164
3.1. La Discriminación como una clase de Tratamiento en el Derecho Internacional	164
3.2. La conceptualización positiva internacional de la Discriminación en Derechos Humanos....	166
3.2.1. La primera conceptualización positiva internacional	171
3.2.2. Los acuerdos posteriores sobre cuestiones o colectivos específicos	172
3.2.2.1. La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza	172
3.2.2.2. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial	174

3.2.2.3. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	175
3.2.2.4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	176
3.2.3. El concepto en los Pactos Internacionales de 1966	177
3.2.4. Los aportes de las Declaraciones. El <i>soft law</i> en la definición	183
3.2.5. Los acuerdos regionales que definen la discriminación	185
3.3. La construcción jurisprudencial internacional del concepto de discriminación	191
3.3.1. La labor de la Corte Internacional de Justicia	192
3.3.2. La labor de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos	196
3.4. La Discriminación Indirecta en el ámbito jurídico internacional	204
3.5. Las “Medidas Especiales” o “Acciones Afirmativas” en el ámbito jurídico internacional.....	206
3.6. Hacia un concepto de Discriminación en Derechos Humanos en el Derecho Internacional...	214
 4. LAS DISTINTAS CLÁUSULAS DE NO DISCRIMINACIÓN EN DERECHOS HUMANOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL	 215
4.1. Conceptualizando las distintas Cláusulas de No Discriminación	215
4.2. Clasificando las Cláusulas de No Discriminación	219
4.2.1. Cláusulas Autónomas y No Autónomas	220
4.2.2. Cláusulas Abiertas y Cerradas	221
4.3. Las principales Cláusulas de No Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos	226
4.3.1. La complementariedad de las principales Cláusulas de No Discriminación.....	227
4.3.2. El llamado “efecto horizontal” de las principales Cláusulas de No Discriminación.....	231
 REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO	 235

SEGUNDA PARTE

DISCRIMINACION Y SEXUALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

CAPITULO TERCERO

UN REPASO POR LA DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CON UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCRIMINACION POR *SEXO*

INTRODUCCION AL CAPITULO	239
1. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS LUCHAS HISTORICAS CONTRA LAS DISCRIMINACIONES.....	239
2. LAS DIFERENCIAS Y DISCRIMINACIONES BASADAS EN LA SEXUALIDAD MIRADAS DESDE UN RECORRIDO HISTORICO-JURIDICO POR LA SOCIEDAD HUMANA Y LA LUCHA DE LAS MUJERES	251
2.1. Una mirada a la evolución de las reivindicaciones para terminar con las diferencias con base en la sexualidad	251
2.2. La incorporación del criterio <i>sexo</i> en Naciones Unidas y los sistemas regionales. Derechos para las mujeres	262
2.2.1. Las mujeres y acuerdos internacionales interesados en sus derechos	266
2.2.2. Una particular mención a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo	277
2.3. La incorporación del criterio <i>sexo</i> en otros desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Reconocimiento de la discriminación que afecta a mujeres	283
2.3.1. Una referencia ejemplificativa a la labor de la jurisprudencia internacional. El fallo por la matanza de mujeres en Ciudad Juárez	283
2.3.2. Una referencia genérica a la labor en el marco de los procedimientos especiales.....	291
2.4. Las Conferencias Internacionales y la Discriminación de mujeres	296
2.4.1. La primera aproximación. Abriendo espacio al <i>sexo</i> en el marco de la perspectiva sobre el desarrollo de las conferencias de vocación general	296

2.4.2. Resultados con la introducción de aportes desde los movimientos feministas. Las Conferencias Mundiales sobre Mujeres: de México a Beijing	302
2.4.3. Mujeres y <i>Género</i> en los Objetivos de Desarrollo del Milenio	314
2.5. La Discriminación de mujeres en otros ámbitos del Derecho Internacional. Conflictos, Paz y Seguridad Internacional	317
3. LA DISCRIMINACION POR <i>SEXO</i> AL HOMBRE	327
REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO	335

CAPITULO CUARTO

LA DISCRIMINACION POR *ORIENTACION SEXUAL* E *IDENTIDAD DE GENERO* EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANALISIS NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL E INSTITUCIONAL.

INTRODUCCION AL CAPITULO	337
1. MOSTRANDO LA REALIDAD DE LAS DIFERENCIAS POR <i>ORIENTACION SEXUAL</i> E <i>IDENTIDAD DE GENERO</i> . BREVES MIRADAS AL MUNDO	338
1.1. Una mirada al panorama mundial al término de la primera década del siglo XXI	338
1.2. Una mirada al caso español	350
1.3. Una mirada al caso chileno	356
2. HACIA LA INCORPORACION DE LA <i>ORIENTACION SEXUAL</i> Y LA <i>IDENTIDAD DE GENERO</i> EN LOS DESARROLLOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	373
2.1. La ausencia de un tratado y el Proyecto de <i>Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia</i>	373
2.2. La incorporación por la labor normativa de los Comités y otros órganos del sistema universal de protección de derechos humanos	374
2.3. La incorporación por la labor normativa de órganos de los sistemas regionales de protección de derechos humanos	384
2.4. La incorporación por la labor de normativa de otros órdenes vinculados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos	390

3. LA RECEPCIÓN DE LA <i>ORIENTACIÓN SEXUAL</i> Y LA <i>IDENTIDAD DE GENERO</i> COMO CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL.....	397
3.1. Sobre <i>Orientación Sexual</i> y jurisprudencia internacional	397
3.1.1. La tendencia a la interpretación amplia de la expresión <i>sexo</i>	398
3.1.2. La inclusión de la <i>orientación sexual</i> como una “condición social” y la vinculación con la vulneración de otros derechos	404
3.1.2.1. La discriminación en el derecho a la privacidad de las relaciones personales.....	406
3.1.2.2. La discriminación en el ámbito de la familia	409
3.1.2.2.1. Sobre custodia de hijos o hijas por homosexuales	410
3.1.2.2.2. Sobre adopción de hijos o hijas por homosexuales	412
3.1.2.2.3. Sobre derechos derivados de convivencias homosexuales.....	415
3.1.2.2.4. Sobre matrimonio entre homosexuales	418
3.1.2.3. La discriminación en la actividad militar	422
3.1.2.4. La discriminación en otros ámbitos	423
3.2. Sobre <i>Identidad de Género</i> y jurisprudencia internacional	426
3.2.1. La discriminación de los transgéneros en el derecho a la privacidad y las relaciones personales y familiares	427
3.2.2. La discriminación de los transgéneros en materias de salud	436
3.2.3. La discriminación de los transgéneros en otros ámbitos	439
3.3. La cuestión del deber de debida diligencia en la discriminación por <i>orientación sexual</i> e <i>identidad de género</i>	440
4. UNA REFERENCIA A LA INCORPORACION DE LA <i>ORIENTACION SEXUAL</i> Y LA <i>IDENTIDAD DE GENERO</i> EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.....	442
5. LA DISCRIMINACION POR <i>ORIENTACION SEXUAL</i> E <i>IDENTIDAD DE GENERO</i> EN OTROS AMBITOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. CONFLICTOS, PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL.....	452
5.1. Minorías sexuales como refugiados	452
5.2. La cuestión en el marco de la labor del Consejo de Seguridad	461
REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO	463

CAPITULO QUINTO

LA IMPORTANCIA DEL *SOFT LAW* EN EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACION POR *ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO*.

INTRODUCCION AL CAPITULO	465
1. LOS PROBLEMAS DE ADAPTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CUANTO ORDEN JURIDICO	465
1.1. Las Reservas y las Declaraciones Interpretativas	472
1.2. Los conceptos vagos e imprecisos: el Margen de Apreciación Nacional	478
2. PRECISANDO LA NOCION DE <i>SOFT LAW</i> EN EL AMBITO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	483
2.1. ¿Que se entiende por <i>soft law</i> ?	484
2.1.1. Las Resoluciones de Organizaciones Internacionales. Con especial referencia a las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas	486
2.1.2. El <i>soft law</i> de actores no estatales	490
2.1.3. Los Acuerdos Interestatales que no vinculan jurídicamente	491
2.2. Problemas y beneficios del masivo recurso al <i>soft law</i> en derechos humanos	492
2.2.1. El análisis de la sustancia del <i>soft law</i>	494
2.2.2. El análisis de la forma del <i>soft law</i>	500
3. EL APOORTE DEL <i>SOFT LAW</i> PARA LA NO DISCRIMINACION POR <i>ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO</i>	504
3.1. Los nuevos planteamientos sobre sexualidad y el rol de la sociedad civil. Desde el impacto de Stonewall a las Marchas del Orgullo Gay	504
3.2. Las Conferencias Internacionales y la Discriminación por <i>Identidad de Género y Orientación Sexual</i>	508
3.2.1. La <i>identidad de género</i> y la <i>orientación sexual</i> antes de Beijing	508
3.2.2. La <i>identidad de género</i> y la <i>orientación sexual</i> en Beijing y desarrollos posteriores....	513
3.3. Los principales desarrollos instrumentales de <i>soft law</i>	523
3.3.1. El <i>soft law</i> de actores no estatales	523
3.3.1.1. La Declaración de los Derechos Sexuales de la Asociación Mundial de Sexología.....	524
3.3.1.2. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género	528
3.3.2. El <i>soft law</i> de actores estatales	534

3.3.2.1. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género	534
3.3.2.2. Las Declaraciones de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género	537
REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO	541
CONCLUSIONES	543
BIBLIOGRAFIA	559
I. DOCTRINA	559
II. DOCUMENTACION	578

INTRODUCCION GENERAL

I. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA DE INVESTIGACIÓN.

La *sexualidad* es parte esencial de cada persona y está presente en la vida cotidiana aunque a veces no tengamos clara cuenta de esa presencia. Efectivamente, aunque no pongamos la atención que ponemos a otros eventos del diario acontecer y pese a que algunos piensen en ella más que otros, la *sexualidad* tiene que ver con la vida de todas las personas, no importando en esa influencia si somos de piel blanca o negra, si somos cristianos, judíos, musulmanes, budistas, hinduistas o simplemente no creyentes. La sexualidad atraviesa nuestra vida tanto como la sangre que recorre nuestros cuerpos.

Ahora bien, más allá de esta cotidiana presencia, es frecuente también encontrar en la prensa noticias diversas que tienen que ver con la *sexualidad* y cómo esta puede afectar las vidas y relaciones humanas. La intención de algún país por seguir sancionando con duras penas a los homosexuales por amarse en privado; la discusión sobre si los homosexuales deben participar activa y públicamente en el ejército; las manifestaciones en vías públicas a favor de una sexualidad abierta pero reprimidas a golpes por la policía; la protesta indignada de algunos sectores religiosos por tanta “inmoralidad” del siglo XXI; o las acaloradas disputas en un parlamento para aprobar una ley que buscar cambiar para siempre una de las instituciones centrales de la civilización humana como es el matrimonio, son parte de ese mundo que con todo lo visible que hoy es, sigue siendo invisibilizado por y para muchos.

Todo lo anterior es parte de una realidad de las personas de la cual el derecho se tiene que hacer cargo por su propia vocación como institución normativa, se quiera o no asumirlo así.

Del mismo modo, lo relatado sirve para mostrar que aunque a primera vista pudieran verse lejanas o inexistentes las relaciones entre la *sexualidad* y el *derecho* lo cierto es que los puntos de conexión son evidentes si se pone atención a los ejemplos antes indicados y si se tiene también claro qué es y porqué existe el *derecho* y específicamente la idea de proteger la dignidad de todas las personas a través del reconocimiento de los derechos humanos¹.

¹ La expresión “derechos humanos” es sin duda es una de las más usada en los planos político y jurídico. Pero además de esta expresión existen varias otras que se utilizan en el lenguaje académico para referir la misma idea: “derechos naturales”, “derechos morales”, “derechos públicos subjetivos”, “libertades públicas”, “derechos individuales”, “derechos innatos”, “derechos del ciudadano”, “derechos fundamentales”. Lo importante frente a la diversidad terminológica es tener claro que cada uno de estos nombres tiene un origen y una razón que lo fundamenta sin que entonces sea antojadizo el uso de uno u otro. La situación de las concepciones fundamentadoras de los derechos humanos está en directa relación con el nombre o terminología que se use para referirse a estos derechos ya que cada uno de ellos encubre una distinta fundamentación con implicancias históricas, culturales, ideológicas, sociales, políticas y hasta económicas. Dicho con otras palabras: “Ninguno de estos términos es una expresión pura de una decisión lingüística, sino que todos ellos tienen conexiones culturales y explicaciones derivadas de un contexto histórico, de unos intereses, de unas ideologías y de unas posiciones científicas o filosóficas de fondo”. Peces-Barba, G., *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991, p. 20. Siendo un tema tan propio de la Filosofía del Derecho, su análisis no ha sido pertinente a este trabajo ni a la tesina que le antecede por lo que no me hago cargo de él sino sólo dejo esta explicación introductoria precisando que usaré como sinónimos las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales” por ser las que principalmente se encuentran en el plano normativo internacional aún cuando se puedan entender matices entre ellas o una relación de género a especie, siendo el género los “derechos humanos” y la especie los “derechos fundamentales”.

Así, la primera mirada a estas relaciones nos dice que la sexualidad se relaciona con el origen de la vida y el inicio de nuestra condición de sujetos de derechos. Aunque evidente, la principal y más natural forma de nacer es a través de la vivencia de la *sexualidad* por medio de una relación entre un hombre y una mujer.

Sin embargo, la *sexualidad* es mucho más que el aspecto reproductivo en nuestras vidas.

Se relaciona con el cómo vivimos, cómo sentimos, y cómo nos autoidentificamos para construir nuestra personal identidad a lo largo de la vida. En tal sentido tiene entonces relación con nuestros comportamientos individuales y colectivos. A través de la *sexualidad* expresamos deseos, afectos o sentimientos mayores y vamos dando vida a una serie de relaciones en los distintos ciclos de la vida.

Por su parte, la educación que recibimos y la cultura en que crecemos y a que pertenecemos y los modelos que cada una produce sobre las instituciones en que se asienta, reflejados en creencias y en determinados formas de expresión y lenguajes, produce en cada uno una especial relación con su *sexualidad*, que condiciona a su vez los *géneros femenino* y *masculino* en cada tiempo y lugar y cómo estos pueden actuar o no en el interior de ciertas instituciones que moldean nuestra vida social y genera la inclusión o exclusión de cada uno en su propio medio y en estas relaciones que se van construyendo en diversas etapas de nuestra existencia.

Así, el *derecho* se encuentra con la *sexualidad* cuando interviene desde su rol de orden normativo que rige a los sujetos a quienes reconoce ese carácter y sus distintas relaciones a lo largo de la vida, en muchas de las cuales la *sexualidad* es relevante y toma lugar destacado en la construcción y vivencia de esas relaciones que muchas veces se desarrollan bajo marcos inequitativos y discriminatorios².

Justamente cuando se producen situaciones discriminatorias y el orden jurídico interno no es capaz de reparar la distinción injustificada es que debe intervenir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante indistintamente DIDDHH) bajo lo que es su gran principio rector, el de la subsidiariedad o complementariedad, que se traduce en que son aplicables sus principios, reglas e instituciones cuando los derechos nacionales no quieren o no pueden resolver la negativa al goce o ejercicio de un derecho por parte de alguien sometido a jurisdicción de un estado determinado.

Este derecho ha tenido desde su nacimiento formal en 1945 un principio articulador llamado *igualdad*, que toma manifestación normativa en la regla de no discriminación recogida en casi todos los tratados u otros instrumentos internacionales de derechos humanos y que muchos ven vulnerada a diario por su *sexualidad* y la forma en que la viven o pretenden vivirla generando o entrando a vivir relaciones en condiciones desiguales, idea que reconduce a los inicios de este apartado y prueba la íntima conexión que existe entre *derecho* y *sexualidad*.

² Este trabajo asume una concepción normativa del Derecho, siguiendo en ello a Norberto Bobbio. Ello parece más completo a esta autora que los enfoques meramente institucionales o relacionales como forma de entenderlo, y lo concibe como un sistema de normas o reglas de conducta que determinan como debemos comportarnos.

Bajo esas premisas, esta tesis es el resultado de la continuidad de la línea de investigación que se abrió en mis estudios de Doctorado en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales en el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset con la Tesina para optar al Diploma de Estudios Avanzados “Una aproximación a la Norma de No Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, bajo la guía del Profesor, Dn. José Antonio Pastor Ridruejo y busca analizar un aspecto concreto de la no discriminación en cuanto norma fundamental del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: cómo se realiza en verdad la no discriminación por un ejercicio pleno y libre de la *sexualidad* en tres de sus manifestaciones evidentes y centrales: el *sexo*, la *identidad de género* y la *orientación sexual*.

La elección fue fruto de una importante reflexión y entronca con el deseo personal de considerar los nuevos temas que están en la realidad de los derechos humanos en el siglo XXI y que han recibido poca atención de la doctrina especializada.

Es decir, entendiendo que hoy ya no sólo son parte de la agenda de derechos humanos los temas “clásicos” como la libertad de expresar distintas opiniones políticas, garantizar igualdad en el acceso a servicios básicos o erradicar definitivamente toda forma de tortura o trato cruel, inhumano o degradante, he estimado necesario abrir espacios desde la academia para analizar las nuevas realidades de la vida humana que exigen ser miradas en clave de derechos y que entroncan en buena medida con estos problemas tan tristemente cotidianos de los derechos humanos.

Asimismo, me ha parecido que acometer desde una perspectiva jurídica algunas de la principales manifestaciones de la *sexualidad humana* puede ayudar a comprender y aceptar comportamientos que pueden ser ajenos a los propios y que muchas veces son fácilmente criticados o censurados, generando con ello *discriminación* y exclusión social de manera injustificada y a veces hasta de forma inconsciente.

En ese marco, con esta tesis lo que pretendo es analizar los desarrollos normativos e institucionales en la no discriminación, concretamente aplicada a cuestiones que son proyección y parte de la idea de *sexualidad humana*: la *orientación sexual* y la *identidad de género*, temas visibles pero a la vez invisibilizados por muchos como antes se apuntó.

La elección es discrecional entonces pero no antojadiza.

Efectivamente desde hace ya algunos años el Derecho Internacional patrocinado por las organizaciones internacionales viene promoviendo, con más o menos éxito en sus cometidos, una preocupación por los grupos vulnerables, es decir, por aquellos grupos de personas que por diversas razones, convertidas en obstáculos o impedimentos sociales o hasta jurídicos, no están en las mismas condiciones que la mayoría para gozar de esos derechos que se proclaman como fundamentales ni entran a las diversas relaciones jurídicas de su vida en un plano de igualdad.

Entre ellos se encuentran las mujeres y por supuesto las llamadas *minorías sexuales*, entendiendo por tales a las *lesbianas*, los *gays*, los *transexuales* y *transgéneros*, y los *bisexuales*, también conocidos en forma común por la sigla LGTB.

Por la especial condición de desigualdad desde la cual enfrentan el día a día en diversas partes del mundo, cada vez de forma más abierta y directa los llamados sistemas internacionales de protección de derechos humanos realizan intentos por dar respuesta ante los problemas y las exclusiones que padecen diariamente al constatar que los órdenes nacionales son en muchos casos pasivos o al menos poco eficientes en reparar tales discriminaciones.

Esta preocupación es lógica y debe ser situada bajo el marco de respeto que se busca dar a la dignidad humana desde 1945 a nuestros días, tal y como lo expresara ya en ese año el Preámbulo de la *Carta de las Naciones Unidas* al indicar que los pueblos de las Naciones Unidas están resueltos “a preservar a la generaciones venideras del flagelo de la guerra...; a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y de las naciones grandes y pequeñas...”. La dignidad en efecto está en el centro del sistema jurídico internacional³, entendida como “el rango de la persona como tal”⁴, es decir, como aquello que nos hace ser diversos a los demás seres del mundo en que habitamos y que marca nuestra superioridad sobre los seres irracionales, constituyéndose en rasgo común a cada ser humano, sin que deba importar ninguna condición particular de la identidad de cada uno: ni el color de piel, ni el sexo, ni la etnia, ni la opinión política, ni la creencia religiosa, ni ninguna otra característica como son claramente la *preferencia sexual* y la *identidad particular de género*.

Esta dignidad es la que supone la capacidad para configurar y llevar adelante el diseño de nuestra propia vida y está presente desde tiempos remotos, cualquiera sea la mirada que sobre ella tengamos. Como lo recuerda Laporta, el humanista y pensador italiano Giovanni Pico della

³ Es importante señalar que también la dignidad como principio cobra nueva vida en los textos constitucionales de la postguerra que, pese a la diversidad ideológica que pueden representar, asumen un compromiso con ella. En esa línea pueden citarse textos muy cercanos al término de la guerra, como la Constitución japonesa de 1946, cuyo artículo 14 rezaba: “*Todas las personas son iguales ante la Ley y no existirán discriminaciones en las relaciones políticas, económicas o sociales por razón de raza, religión, sexo, posición social u origen familiar. No se reconocerán los títulos de nobleza. Ningún privilegio acompañará a las recompensas honoríficas, condecoraciones o distinciones de cualquier tipo, y ninguna de tales recompensas tendrá validez después de la vida de la persona que la ostente en la actualidad o la reciba con posterioridad*”. Por su parte, en el mundo occidental europeo sin duda hay buenos exponentes en la Constitución Italiana de 1947; la Francesa de la V República de 1958; la Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 que señala en el artículo 1º: “*1. La dignidad de la persona humana es intangible. Todos los poderes del Estado están obligados a respetarla y protegerla.*”; la de Portugal de 1976 cuyo artículo 1º establece que “*Portugal es una República soberana, basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación de una sociedad sin clases*” y por cierto la Española de 1978 en su artículo 10 que además llega bastante más lejos en su relación con el orden internacional: “*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”. En el mundo latinoamericano un buen ejemplo de la influencia de la dignidad en diversas ideologías es la Constitución de Cuba que desde su concepción marxista-leninista en su preámbulo dice: “*Conscientes de que todos los regímenes de explotación del hombre por el hombre determinan la humillación de los explotados y la degradación de la condición humana de los explotadores; de que sólo en el socialismo y el comunismo, cuando el hombre ha sido liberado de todas las formas de explotación: de la esclavitud, de la servidumbre y del capitalismo, se alcanza la entera dignidad del ser humano; y de que nuestra Revolución elevó la dignidad de la patria y del cubano a superior altura; Declaramos nuestra voluntad de que la Ley de leyes de la República esté presidida por este profundo anhelo, al fin logrado, de José Martí: Yo quiero que la Ley primera de nuestra república sea el culto de los cubanos a la dignidad plena del hombre*”. Otros ejemplos son la de Guatemala de 1985 que dice en su artículo 4º: “*En Guatemala, todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos. El hombre y la mujer, cualquiera que sea su estado civil, tienen iguales oportunidades y responsabilidades. Ninguna persona puede ser sometida a servidumbre ni a otra condición que menoscabe su dignidad. Los seres humanos deben guardar conducta fraternal entre sí*”; la de Perú de 1993 en su artículo 1: “*La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado*” y la Chilena de 1980 que consagra como una de las bases de la institucionalidad en el inciso 1º de su artículo 1º que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”.

⁴ González, J., *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986, p. 24.

Mirandola ya en su tiempo contemplaba al hombre como un ser que define su propia vida, que forja su propia forma, define su puesto e imagen en el mundo por su propia elección y decisión; en suma, alguien que tiene *libertas* y *potestas*, en las cuales consiste su dignidad⁵. En tiempos más modernos, estaríamos ante lo que el canadiense Michael Ignatieff llama, recordando a Berlin, *agencia humana* y que reconduce al final a similar idea desde su visión crítica al indicar que “Los derechos humanos son importantes porque ayudan a las personas a ayudarse a sí mismas. Protegen su agencia. Por agencia entiendo más o menos lo que Isaiah Berlin llamaba “libertad negativa”, es decir, la capacidad que posee cada individuo para lograr sus deseos racionales sin obstáculos ni impedimentos”⁶.

La dignidad del ser humano así concebida entonces en diferentes tiempos es protegida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que se configura desde 1945 como una disciplina dentro del Derecho Internacional, introduciendo al individuo y sus derechos como parte relevante de este ordenamiento, con restricciones que hacen que sea como bien indica el profesor Carrillo Salcedo, una subjetividad “limitada y funcional”⁷, no siendo posible en todo caso desconocer que el mundo sigue siendo uno en que principalmente los estados soberanos definen las reglas y entre ellos a su vez los más fuertes determinan las principales normas de coexistencia y cooperación, con lo cual siguen condicionando en muchos sentidos esta subjetividad del individuo y el ejercicio de sus derechos⁸.

⁵ Laporta, F.J., “El concepto de los derechos humanos”, en Soriano R.; Alarcón C.; Mora J. (Directores y Coordinadores de la edición), *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I*, Ediciones Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 1ª Edición, 2000, pp. 18-19.

⁶ El profesor canadiense Michael Ignatieff desarrolla la idea de “*agencia humana*”, concebida en términos generales como la capacidad que posee cada individuo para lograr sus deseos racionales sin obstáculos ni impedimentos. Dice Ignatieff: “*Puede resultar tentador relacionar el concepto de los derechos humanos con afirmaciones como la siguiente: los seres humanos poseen una dignidad natural o innata, poseen un valor natural e intrínseco y son sagrados. El problema con estas afirmaciones es que no son claras, sino controvertidas. No son claras porque confunden lo que se desea que sean los hombres y las mujeres con lo que sabemos que son en la práctica. A veces, los hombres y las mujeres se comportan con extraordinaria dignidad, pero esto no es lo mismo que afirmar que todos los seres humanos poseen una dignidad innata; ni siquiera que poseen la capacidad de mostrarla. Dado que estas ideas sobre la dignidad, el valor y la sacralidad humana parecen confundir lo que es con lo que debe ser, son controvertidas, y como son controvertidas, es probable que fragmenten el compromiso con las responsabilidades prácticas que conllevan los derechos humanos en lugar de reforzarlo. Además, son controvertidas porque cada una de sus versiones debe poner de manifiesto afirmaciones metafísicas sobre la naturaleza humana que son intrínsecamente debatibles. Algunas personas no tendrán problemas a la hora de pensar que los seres humanos son sagrados, porque creen en la existencia de un Dios que creó la humanidad a su imagen y semejanza. Las personas que no crean en Dios deben rechazar la sacralidad de los seres humanos, o bien creer que son sagrados si se emplea en forma laica una metáfora religiosa que no convencería a un creyente. Las afirmaciones fundacionales de este tipo dividen, y estas divisiones no pueden solucionarse de la misma forma que los humanos solucionan sus disputas, mediante el diálogo y el compromiso. Sostendré que es mucho mejor olvidarnos de esta clase de argumentos fundacionales y centrarnos en la búsqueda de apoyo para los derechos humanos por lo que éstos hacen en realidad por los seres humanos*”...“*Las personas pueden no estar de acuerdo en por qué tenemos derechos, pero sí pueden coincidir en que son necesarios*”...“*Los derechos humanos son importantes porque ayudan a las personas a ayudarse a sí mismas. Protegen su agencia. Por agencia entiendo más o menos lo que Isaiah Berlin llamaba “libertad negativa”, es decir, la capacidad que posee cada individuo para lograr sus deseos racionales sin obstáculos ni impedimentos*”. Ignatieff, M., *Los Derechos Humanos como Política e Idolatría*, Traducción de Francisco Beltrán Adell, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.

⁷ Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, p.16.

⁸ Pese a ello parece necesario destacar firmemente su importancia, tal y como lo hace el profesor y juez internacional Antonio Cancado Trindade en su voto concurrente a la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al señalar que: “*La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano constituye...el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX, que requiere mayor atención por parte de la doctrina jurídica contemporánea. En este particular, el Derecho Internacional experimenta hoy, al inicio del siglo XXI, de cierto modo un retorno a los orígenes, en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero jus gentium, el derecho de gentes. Ya en los siglos XVI y XVII, los escritos de los llamados fundadores del Derecho Internacional (especialmente los de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, además de los de A. Gentili y S. Pufendorf) sostenían el ideal de la civitas maxima gentium, constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad*”. Así, lo que nos recuerda el profesor Cancado es que en las reflexiones originales sobre Derecho Internacional el individuo era considerado

Situada en esta realidad es entonces que me he planteado el trabajo de conocer la normativa internacional que existe para luchar contra la discriminación que sufren *gays, lesbianas, bisexuales y transgéneros* y cómo ha sido recogida esta normativa en la institucionalidad y la jurisprudencia generada en el ámbito de los derechos humanos, a fin de extraer qué está pasando en realidad en las relaciones entre *sexualidad y derecho* en este ámbito normativo: el del mundo internacional de los derechos humanos.

La relevancia y pertinencia del tema estimo es manifiesta.

En un mundo en que hay una tendencia a la “normativización de la vida internacional”⁹ a partir de la regulación de casi todos los aspectos y la creación de tribunales internacionales y de regímenes internacionales, pero que no obstante ello sigue dominado en buena medida y en los aspectos más trascendentes por el poder político de quienes detentan los recursos para movilizar a su ritmo a los demás, me mueve remarcar la importancia de considerar el rol del Derecho Internacional y sus organismos, instituciones, principios y normas frente a un fenómeno concreto de la sociedad internacional como es la discriminación que sufren muchos individuos y grupos, de modo que el conocimiento y uso adecuado de las instituciones internacionales pueda servir para contrarrestar el peso del poder político que sin duda es la piedra de tope para el respeto del Derecho Internacional en general.

En cuanto es un elemento que tiene por objeto poner orden a la convivencia de pluralidad de actores en el mundo contemporáneo resulta interesante no desechar sus propuestas aún cuando estas parezcan arrojar mucha más tinta que resultados concretos.

Justamente si en base a esta última observación nos quedáramos todos pasivos, menos mejoras podría llegar a experimentar el mundo. Los primeros enjuiciamientos en el Tribunal Penal Internacional, concebido en el Estatuto de Roma, adoptado en esa ciudad italiana el 17 de julio de 1998 y en vigor desde el 1 de julio de 2002, sirven de buen ejemplo sobre el punto que reclamo. Gracias a la actividad de un gran grupo de actores internacionales hoy se están viendo los primeros resultados en la investigación y juicio de peligrosos criminales, desarrollando así con naciente éxito la vertiente pasiva de la subjetividad internacional¹⁰.

parte de este orden siendo el surgimiento del positivismo jurídico, personificado en el Estado, lo que haría que el ser humano y sus derechos quedaran relegados del ámbito interestatal, debiendo producirse una triste oleada de acontecimientos a la humanidad lo que haría que recobrara su papel, destruyendo así de paso a aquellas corrientes que definen la subjetividad internacional a partir sólo de la posibilidad real de participar en la creación de las normas.

⁹ Pérez Prat Durbán, L., *La provincia del Derecho Internacional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, p.154.

¹⁰ Por cierto existen otras instancias penales a nivel internacional que, con cuestionamientos y reparos en algunos casos dado su origen o a su funcionamiento, han contribuido en todo caso a ir eliminando la idea de la falta de medios para hacer efectiva la responsabilidad del individuo por crímenes graves. Ejemplos son el Tribunal para Ruanda, con sede en Tanzania, creado en 1994 y que encuentra su fundamento en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU) 955, de 8 de noviembre de ese año; el Tribunal Ad hoc para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya, establecido por la Resolución 827 del Consejo de Seguridad, de 25 de mayo de 1993; y el Tribunal Especial para Sierra Leona, nacido a instancias del Consejo de Seguridad y su Resolución 1315, de 14 de agosto de 2000, en que encargó al Secretario General la implementación de un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para establecer este Tribunal Especial. En el caso de los tribunales para Ruanda y la ex Yugoslavia, la resoluciones del Consejo que los crean a su vez se fundan en las facultades que a este órgano concede el artículo 39 en relación al artículo 41 del Capítulo VII de la Carta de la organización, en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Si bien la extensión de las ideas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales que tuvo por fundamento el CSNU para crear por vía de Resolución un tribunal internacional (que en estricta y sana lógica jurídica debe nacer a partir de un tratado internacional) ha sido discutida en doctrina, al igual que su condición de órgano subsidiario del CSNU (pues atentaría contra la independencia que debe tener todo órgano judicial),

Lo que espero entonces con este trabajo es que sirva como base para un análisis de la importancia de que se conozcan, consideren y perfeccionen los mecanismos jurídicos para luchar internacionalmente contra la discriminación a *minorías sexuales*, simplemente por ser y querer ser diferentes y respetados en esa diversidad.

II. PREGUNTA, OBJETIVOS E HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN.

Así las cosas y probada como estimo la elección y justificación del tema eje de esta investigación, surgió la pregunta descriptiva inicial de investigación a partir de la que se ha hecho girar este estudio: ¿Qué concepción de la *sexualidad humana* tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos? A partir de ella han surgido otras con el curso de la investigación, de carácter más comprensivo en muchos casos y que tienen que ver con las razones de la concepción que se tiene de la *sexualidad* en el mundo jurídico internacional de los derechos humanos o cuáles podrían ser modos de cambiar hacia una visión ampliada.

Sobre la pregunta inicial se ha previsto como objetivo general de este trabajo conocer y analizar los desarrollos normativos e institucionales, comprendiendo los jurisprudenciales, que se refieren a diversos aspectos de la *sexualidad* desde la protección contra la discriminación por *sexo* que promueve el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en adelante.

Como objetivos específicos se han considerado:

- conocer cuando una conducta de acción o de omisión constituye una práctica de discriminación en derechos humanos y viola por tanto el principio de igualdad entre individuos;
- conocer la normativa internacional referida a la no discriminación y los desarrollos instrumentales normativos y jurisprudenciales, en el ámbito específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;
- conocer la normativa internacional referida a la no discriminación por *sexualidad* y los desarrollos normativos y jurisprudenciales, en el ámbito específico del Derecho Internacional de los Derechos Humanos;
- conocer cuál es el alcance y efectos empíricos del término *sexualidad* en Derecho Internacional a la luz del principio de subsidiariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y de la aplicación de la doctrina del margen de apreciación nacional por órganos internacionales; y

lo cierto es que estos tribunales existen y han procesado a terribles criminales. A esta iniciativa hay que agregar otras de carácter nacional pero con fuerte intervención de elementos internacionales, como las Cortes especiales de Camboya, propuestas en 2003 para juzgar por genocidio a los líderes de los cámeres rojos y el Tribunal de Derechos Humanos para Timor Oriental, destinado al juzgamiento por las violaciones al derecho internacional humanitario y a los derechos humanos cometidas por miembros del ejército o la policía de Indonesia. En ambos ha tenido fuerte pero poco eficaz intervención las Naciones Unidas y en ambos se rechazó la idea de un tribunal penal internacional *ad hoc*, usando estas fórmulas de justicia local “internacionalizada”; presencia de jueces extranjeros en algún caso y especiales reglas de procedimiento. Mención aparte merece el Tribunal para Irak, creado en 2003, por tratarse efectivamente de una instancia difícil de calificar como internacional o interna y por la intervención que en su establecimiento le ha cabido a Estados Unidos.

- formular una aproximación a los diversos aspectos o rasgos de un individuo que se pueden entender incorporados en la noción de *sexualidad* para efectos del Derecho Internacional.

A partir de todo ello me he planteado como hipótesis de inicio las siguientes:

1. Mientras en la vida humana se ha producido una evidente evolución de la expresión *sexo* y lo que ello denota para la identificación de un individuo; en el Derecho Internacional Público no se han producido los desarrollos normativos, institucionales y jurisprudenciales adecuados para cubrir de manera conforme al paradigma de protección internacional de los derechos humanos de carácter subsidiario, una discriminación que se funde en un tratamiento desigual por razón de algún aspecto vinculado a todo lo que se relaciona con el *sexo* y la *sexualidad* de una persona.

2. Cuando se habla en el lenguaje jurídico internacional de los Derechos Humanos que se han producido avances en la lucha contra la *discriminación por sexo* se trata principalmente de avances en la protección de los *derechos de la mujer* pero no de una protección efectiva de las *discriminaciones en materia de derechos vinculados a la sexualidad* en perspectiva amplia.

En último término, lo que hago es preguntarme si el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tanto en el plano universal como en los planos regionales, dispone de un sistema de protección que sirva para dar una respuesta eficaz y satisfactoria a los problemas de discriminación que sufren algunas personas por razón de su *sexo*, su *identidad de género* o su *orientación sexual*.

III. MÉTODO DE TRABAJO.

Desde el punto de vista metodológico, se ha seguido el método cualitativo de investigación y como técnica se ha utilizado el análisis documental y estudio de fuentes secundarias, tales como doctrina de los principales iusinternacionalistas y otros especialistas dedicados al análisis de los distintos alcances de los temas investigados; instrumentos internacionales de diverso valor jurídico y los trabajos preparatorios para su elaboración; opiniones de los órganos internacionales de protección de derechos humanos como por ejemplo los órganos de vigilancia de los tratados; y jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos seleccionada en base a su relevancia. Además, por la especial naturaleza de esta investigación me he valido también de prensa escrita e información que aportan Organizaciones No gubernamentales u otros actores internacionales por distintos medios, además de una breve aproximación a la metodología del estudio de casos para ejemplificar algunas realidades normativas nacionales.

En cuanto al ámbito de estudio debo decir que el objeto ha sido abordado de modo principal desde el punto de vista del Derecho Internacional Público por lo cual se analiza esencialmente la dimensión jurídica de la no discriminación por *sexualidad* y no otros alcances o impactos como los económicos, sociales o culturales, por ejemplo, que pueden no obstante ser mencionados en algunos casos a modo de ilustrar mejor el fenómeno de lo jurídico.

En esta dimensión a su vez el estudio se hace específicamente desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, excluyendo entonces el análisis desde otras ópticas jurídicas.

En efecto, ha quedado fuera la perspectiva de los derechos nacionales, cuyo análisis agotado como supuesto previo a este trabajo para conocer cómo recogen la no discriminación hacia grupos LGTB habría sido un ambicioso e imposible objetivo. Sólo con el fin de complementar los objetivos que persigue esta tesis he decidido entonces tomar los desarrollos que me han parecido más relevantes, sea por su riqueza jurídica o sea por la realidad social que tras ellos existe y presentarlos de manera general aunque rigurosa.

También se ha dejado fuera el análisis desde el Derecho Comunitario y aún desde otras disciplinas del mundo jurídico internacional, como el Derecho Penal Internacional, sin perjuicio de las referencias que considero interesantes de comentar en forma secundaria en algunos apartados especiales. En el ámbito internacional entonces las referencias a otras disciplinas como el derecho comunitario, el penal internacional, el humanitario o el de refugiados sólo se aportan en la medida que complementan el desarrollo central que guía la investigación, focalizada en los sistemas formales de protección de derechos humanos.

Así entonces y teniendo como principal motor de análisis este derecho, como se ha venido explicando, corresponde hacer una precisión temporal que aunque evidente no resulta de más. Al hacer el análisis desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos me estoy situando claramente en el tiempo que empieza en 1945 de modo que no haré referencias a normas protectoras anteriores que si bien podían referirse a la no discriminación no tenían por eje la dignidad humana sino más bien un interés estratégico y de seguridad¹¹.

De este modo, me centro en los desarrollos normativos e institucionales que se han ido gestando en el ámbito universal al amparo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y en los planos regionales al amparo del Consejo de Europa (CdeE), de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Organización de la Unidad Africana (OUA), hoy Unión Africana (UA).

¹¹ Efectivamente, si bien el año 1945 se marca como el de inicio de la protección de los derechos humanos en el ámbito internacional con la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no debe perderse de vista que en el Derecho Internacional clásico o tradicional existían desde antiguo precedentes sobre cierta protección para los individuos. En concreto me refiero a la institución de la intervención humanitaria, discutida hoy pero de antigua data; las cláusulas de protección de derechos en ciertos tratados; el sistema de mandatos de la Sociedad de Naciones; las normas internacionales del trabajo; las reglas de protección de minorías; las reglas de protección de extranjeros y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario. En este grupo de antecedentes destaco lo que fue el sistema de protección de las minorías europeas creado al amparo de la Sociedad de las Naciones pues el régimen establecido obligaba a los estados a no establecer discriminaciones entre las distintas minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, y concederles los derechos necesarios para preservar sus características, aún cuando hay que decir nuevamente que la consagración temprana de la regla de no discriminación en este ámbito, no obedecía a su consideración como pilar de una garantía fundada en la dignidad humana, sino en que se estimaba necesario mantener a estas minorías bajo control como forma de mantener así la paz y la seguridad en la región, principal preocupación de la época de la primera postguerra. Se trata entonces de un contexto histórico jurídico en que la dignidad humana y la consideración del individuo eran plato de una segunda mesa y no principal. Por lo demás, las normas de protección de minorías constituyen, aún en estos tiempos, un tipo especial de protección a partir de normas que son específicas para los grupos a quienes se reconoce ese carácter o para los integrantes de los mismos, y que son, en último término, complementarias a la protección que brinda la norma de no discriminación que en cuanto tal es transversal y se dirige no sólo a los grupos a los que internacionalmente se les considera minorías o a sus integrantes, sino a todo individuo o grupo que sufra un tratamiento desigual en el goce y ejercicio de sus derechos.

Estos desarrollos normativos e institucionales son lo que entenderé para efectos de este trabajo que constituyen un *sistema de protección de derechos humanos*, es decir, aquel conjunto organizado de normas, instituciones y órganos destinados a la promoción y protección de los derechos humanos, que están amparados por algún órgano intergubernamental, sea de vocación universal o regional. En este sentido es que hoy se reconoce cuatro sistemas; el de Naciones Unidas, el Americano, el Europeo y el Africano, conformando su conjunto este invocado Derecho Internacional de los Derechos Humanos, disciplina que como apunta bien Mireya Castillo es “...un Derecho heterogéneo, principalmente, de naturaleza convencional y, en consecuencia, *relativo*, en el sentido de lo dispuesto en los artículos 26 y 34 del Convenio sobre el Derecho de los Tratados de 1969. En efecto, la situación de cada Estado respecto de cada uno de los convenios internacionales de protección de derechos humanos origina una gran diversidad en cuanto al Derecho aplicable en cada caso, *ratione personae, ratione materiae, ratione loci y ratione temporis*”¹².

Frente a este relativismo que reconozco y que se manifiesta justamente en la coexistencia de sistemas diversos, parece un hecho aceptado en la doctrina y jurisprudencia internacional que las obligaciones que forman el DIDDHH son para los Estados no sólo estrictamente bi o multilaterales sino que son obligaciones que afectan a toda la comunidad internacional, no obstante que encontremos estas obligaciones entonces en un convenio de protección con vocación universal, como sería el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (PIDCP), o en uno de carácter abierto pero en forma restringida, como es el *Convenio Europeo para la Salvaguarda de los Derechos y Libertades Fundamentales* (CEDH).

Así situada, llamaré a los sistemas formales de protección de derechos humanos que ya he identificado como *vías directas de protección* puesto que a través de ellas y sus manifestaciones normativas, institucionales y jurisprudenciales se viene desarrollando desde 1945 la protección a la norma de no discriminar que refleja la igualdad que debe existir entre todos los seres humanos.

Por supuesto esto no supone desconocer que muchas otras instituciones, agentes u órganos del sistema internacional si bien no tienen como tema eje el de los derechos humanos se han preocupado de que la no discriminación sea norma transversal en sus políticas de trabajo o en las normas que adopta (cualquiera que sea su fuerza vinculante), razón por la que los llamo para efectos de diferenciarlos de los que analizaré en este trabajo, *vías indirectas de protección*, y en que puedo incluir por ejemplo el reconocimiento de la norma en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia; en el marco del desarrollo del Derecho Penal Internacional, fundamentalmente el creado a partir del Estatuto de Roma de 1998; en el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario; del Derecho de la Unión Europea, o en el trabajo de organismos internacionales como la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa o los organismos intergubernamentales en el marco del mundo árabe y asiático, que como ya he dicho no serán tratadas en esta tesis, aún cuando en algunas partes hago ciertas referencias que me parecen demasiado relevantes como para omitirlas, al menos

¹² Castillo, M., *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2006, p.15.

en lo esencial, especialmente en lo que se refiere al aporte jurisprudencial de la Corte Internacional de Justicia, en lo relativo al ámbito del derecho y las prácticas de la Unión Europea o en lo que toca al interesante mundo que surge al mirar los conflictos y el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Sin duda en todo caso, es bajo el amparo de las llamadas *vías directas de protección* por donde los derechos humanos han ido ganando un espacio cada vez mayor para su promoción y protección sin discriminación y para la adecuación de estas ideas a los inevitables cambios que el tiempo obra en las personas y en el mundo que habitamos y ante los cuales los sistemas protectores no han quedado ni pueden quedarse pasivos.

Es en ese marco como nuevos titulares han logrado sus particulares conquistas en cuanto se ha tomado conciencia de que son grupos humanos en situación de mayor vulnerabilidad, como las mujeres, los niños, los emigrantes, los indígenas y otros colectivos entre los que ocupan un especial lugar hoy las *minorías sexuales*, víctimas de diversas formas de discriminación que comprueban que la discriminación es mucho más que el holocausto nazi o el apartheid en Sudafrica, tomando hoy distintos rostros y formas sin tener como única causa un color de piel diferente.

Ahora bien, precisado todo lo anterior en cuanto a la disciplina jurídica que guía este trabajo, debo decir a la vez que por su especial naturaleza la materia no es una cuestión cuyo estudio deba considerarse sólo desde la perspectiva jurídico-internacional ni aún ayudada por otras manifestaciones normativas, sino que es indispensable contar con el auxilio de otras disciplinas muy vinculadas al derecho y lo normativo.

La historia, la filosofía política, la sociología, las relaciones internacionales y por supuesto, la ciencia política, son esenciales para lograr comprender los alcances que tiene la idea de *discriminación* y para analizar la noción de igualdad. Lo mismo puede decirse de la *sexualidad* y todo lo que de ella emana, para cuya comprensión me he valido de disciplinas aparentemente tan lejanas al derecho como la biología, la psicología y la sociología.

Ello explica entonces que muchas veces se encontrarán en este trabajo referencias a otras disciplinas, especialmente a la hora de conceptualizar una idea de igualdad, de analizar las diversas formas de discriminación o de dar una comprensión de la sexualidad humana y las manifestaciones principales de ella.

Esta observación es la que me ha llevado a plantear un trabajo que si algo no ha hecho es quedarse en la sola perspectiva de lo jurídico.

Convencida como estoy de la necesidad que asiste al Derecho - y especialmente al Internacional - del trabajo interdisciplinario, no me ha parecido sólido hacer un análisis sólo normativo, institucional o jurisprudencial, olvidando lo que está detrás de aquello que busco analizar. Por eso la inclusión de un breve pero no menos riguroso capítulo para conocer de qué hablamos cuando se habla de *sexualidad humana* y de *sexo, identidad de género u orientación*

sexual en que me he valido esencialmente de disciplinas muy diferentes al clásico mundo en que se mueve un estudio jurídico, cualquiera sea la materia que éste aborde.

Defiendo entonces el enfoque multidisciplinar de una cuestión como la que me he propuesto analizar y justifico totalmente la necesidad de haberme acercado a otros saberes como los mencionados para estructurar y justificar el entendimiento que presento.

Dicho esto, en todo caso debo aclarar que este trabajo no pretende en modo alguno sumarse a la enorme batería de estudios de diverso nivel de profundidad y ópticas que desde hace años vienen tratando el debate entre “sexo-género” o situarse sin más en la llamada “literatura feminista”, aún cuando recojo muchos de sus aportes y adhiero a varios de sus postulados.

Las referencias desde otras ópticas son indispensables a este trabajo pero teniendo por norte siempre el análisis jurídico de la cuestión de fondo: la discriminación y el tratamiento jurídico para luchar contra ella en el mundo jurídico internacional. Con ello quiero remarcar que en caso alguno este trabajo se aleja de ser una tesis para optar al grado académico de Doctora en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, sino sólo trato de sostener fundadamente que la valoración resulta incompleta si el análisis se centra o se queda sólo en lo positivo internacional sin considerar la realidad que está detrás y la que debe o está llamado a regular.

IV. ESTRUCTURA DEL TRABAJO.

Para cumplir mi objetivo en este estudio, he dividido el trabajo en cinco partes que corresponden a los capítulos de la Tesis y que a su vez se agrupan en dos grandes partes. Cada capítulo a su tiempo cuenta con una introducción que buscar presentar antes de la lectura los tópicos que aborda y con unas breves reflexiones finales que se han hecho pensando en que, resguardando en cada momento la coherencia de todo el trabajo, pueda darse una lectura por separado a cada uno de ellos. Finaliza la Tesis con un apartado de conclusiones en que dejo ver las principales que me han surgido con motivo de la realización de esta investigación, formulando al terminar algunas propuestas de cambio.

La primera parte de la Tesis lleva por epígrafe “Una mirada sobre la Sexualidad Humana, el Derecho y los Derechos Humanos: *Sexo, Identidad de Género, Orientación Sexual* y Discriminación. Enfoques teóricos y recorridos jurídicos” y ella incluye los dos capítulos que constituyen el marco teórico sobre el que se ha trabajado la segunda parte. En el primero se aborda un estudio amplio de la sexualidad humana y en el segundo se busca el mismo propósito respecto de la idea de discriminación en derechos humanos.

Respecto del capítulo 1, aunque su nombre sea “Hacia una idea amplia de la sexualidad humana. Del concepto de *sexo* a la *identidad de género* y la *orientación sexual*” es evidente que esa mirada no se hace desde todas las ciencias humanas que han tratado la sexualidad; la mirada que doy está inclinada hacia la psicología y la sociología de manera evidente, aún cuando también he

recogido algunas breves y básicas aportaciones de otras disciplinas como la medicina, la biología, la religión o la antropología, estimadas necesarias para cumplir el objetivo de comprender, desde esta primera mirada, qué es en realidad aquella *sexualidad* cuya regulación debería abordar de forma integral el Derecho.

La elección de estas ópticas se debe a que teniendo un primer contenido netamente interno, es decir, una dimensión de carácter subjetivo basada en el componente biológico en que se afirma su construcción, la *sexualidad humana* y lo que la constituye (creencias, comportamientos, actitudes frente a ella) no sólo reflejan la personalidad y la individualidad de cada ser humano sino que se forman y a la vez ingresan el entramado de relaciones de todo orden que se dan en la vida social.

Así las cosas, este capítulo parte por una narración que me ha parecido relevante sobre la permanente presencia de la sexualidad en la vida humana y en distintas expresiones de la vida social, para luego entrar a referirme al pensamiento de algunos autores que, desde la mirada que doy al tema en este capítulo, han estudiando la sexualidad con un lente científico.

También he incorporado una aproximación a lo que son los *contenidos de la sexualidad*, estableciendo una partición al respecto entre lo que es el componente biológico, lo que es el constructo social y finalmente las principales conductas que constituyen expresión de la *sexualidad humana*. No he incluido evidentemente todos aquellos temas que alguien con mente más inquieta podría pensar al tratar de dar un contenido a la *sexualidad*; me he decantado por aquellos aspectos que me parece necesario conocer para entender la sexualidad y las manifestaciones de ella que serán objeto central de análisis en la óptica jurídica que toma esta investigación en los capítulos siguientes: la *identidad de género* y la *orientación sexual*. Nuevamente debo decir acá que la visión que presento proviene principalmente de la psicología y la sociología por las razones arriba expuestas y que a su vez dentro de ellas, mi aproximación puede pecar de ambiciosa al tratar de servirme de disciplinas que no cultivo, lo que no podrá significar espero una falta de rigurosidad en los temas escogidos y tratados.

El capítulo segundo, “La Discriminación en materia de Derechos Humanos. Un análisis de las desigualdades desde el punto de vista del Derecho”, parte con un análisis de la igualdad como presupuesto para hablar de discriminación, en que analizo la distinción entre un concepto y las diversas concepciones de igualdad; el carácter relacional que va inmerso en la idea de igualdad; su complejidad en cuanto concepto relacional llegando a una concepción que sirva para entender su relación con la idea de no discriminación y como la igualdad se materializa en esta última, finalizando por la apreciación de la igualdad en el texto que da origen al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hago presente desde ya, como se explica al iniciar ese capítulo, que el análisis que hago de la igualdad dista mucho de ser uno acabado pues no es este mi tema y objeto de estudio central, no obstante lo cual se hace indispensable al menos un estudio en la óptica en que lo enmarco en esta parte. Se trata entonces de un análisis instrumental en relación a los fines que

persigue esta investigación y que por cierto ha sido la continuación de la Tesina con la cual obtuve la Suficiencia Investigadora en el año 2007.

El segundo apartado de este capítulo busca precisar lo que es una simple y neutra distinción de una discriminación, analizo las diversas formas de discriminación: “directa” e “indirecta”, “formal” y “sustantiva”, “múltiple” y las llamadas “acciones positivas” como expresiones de cláusulas de no discriminación llegando a una idea genérica de ellas que supere las divisiones terminológicas que se observan en la doctrina sobre el tema.

Siendo el tema objeto final de este trabajo la norma de no discriminación y sus manifestaciones en el ordenamiento jurídico internacional para las minorías sexuales, bien vale para su comprensión el análisis de estas dos ideas que están estrechamente vinculadas y a partir de las cuales la norma existe: la igualdad y la idea de discriminación. Efectivamente, la comprensión de la idea de no discriminación no pasa solamente por su análisis como opuesta a igualdad, necesita también el contraste con la idea de discriminación. De ahí la necesidad de efectuar el análisis de ambos supuestos en los apartados que he descrito.

El tercer apartado en tanto aborda el concepto de discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en él parto por contextualizar la discriminación en derechos humanos como una clase de tratamiento en el Derecho Internacional para llegar luego al análisis, sobre texto positivo, de las definiciones de discriminación que existen internacionalmente. A partir de ellas y de los aportes jurisprudenciales analizo también la recepción tanto de las diversas formas de discriminación como de las acciones positivas en el orden jurídico interestatal, aportando acá con una idea de discriminación que formulo a partir de identificar los elementos que la constituyen.

En la parte final de este capítulo se trata sobre las distintas cláusulas de no discriminación reconocidas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, junto con conceptualizar las distintas cláusulas de no discriminación existentes en el plano internacional y clasificarlas, analizo las principales normas convencionales que se encuentran en la disciplina que estudio, haciendo un análisis comparativo entre los principales tratados que forman parte del sistema universal y aquellos que integran alguno de los sistemas regionales con el fin de comprender cómo en algunos casos el uso de un tipo determinado de cláusula puede llevar a una mayor o menor indefensión del beneficiario de la misma.

La segunda parte de la Tesis contiene el trabajo central y se estructura en tres capítulos bajo al epígrafe “Discriminación y Sexualidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

El capítulo tercero lleva por título “Un repaso por la discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos con una especial referencia a la discriminación por *sexo*” y a través de él busco mostrar la importancia que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo que han sido los caminos de muchos individuos para terminar con las distinciones odiosas, injustificadas y faltas de razonabilidad que conforman jurídicamente una discriminación en sus derechos, tomando como un referente en esto lo que ha sido la evolución de este orden

normativo en la historia de las mujeres y su histórica lucha por igualdad, entendiendo que constituyen un grupo discriminado sistemáticamente, ayer y hoy, en el marco de un mundo que ha construido buena parte de sus instituciones bajo un paradigma androcéntrico y heteronormativo.

El análisis efectuado en este capítulo toma el derecho en sus manifestaciones formales, tanto de nivel normativo como institucional y jurisprudencial, e incluye algunas referencias a instrumentos que se incluyen en ámbito del llamado *soft law*, y se hace entonces un repaso general por la garantía de no discriminación por los criterios llamados “históricos” para llegar a detenerse en las *mujeres*, mostrando las distintas líneas de argumentación que se han ido construyendo en los últimos años en estos desarrollos, sea en un sentido restrictivo o sea en un sentido amplio.

Esta relación servirá para mostrar cómo tales manifestaciones centradas en ellas corresponden a la lucha contra la discriminación por *sexo*, siendo mayores a los desarrollos a favor de la no discriminación por manifestaciones de la *sexualidad* que escapan de la distinción entre hombres y mujeres o de todo aquello que se considera “normal”, entendiendo aquí que es “normal” aquello que es más frecuente entre las personas.

En cuanto al capítulo cuarto, llamado “La Discriminación por *Orientación Sexual e Identidad de Género* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Análisis Normativo, Jurisprudencial e Institucional”, debo decir que se trata del aporte más sustancial de esta investigación.

Acá muestro la recepción que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene haciendo respecto de la situación que viven algunas personas que reivindican vivir una sexualidad diferente en su *identidad de género* o su *orientación sexual* y son discriminadas por pretender identificarse a sí mismas desde su vivencia particular de la sexualidad.

Sobre la base de entender este Derecho en sus manifestaciones formales, tanto de nivel normativo como jurisprudencial, hago entonces un análisis de la garantía de no discriminación a personas diferentes a la mayoría por su *identidad de género* u *orientación sexual*, mostrando las distintas líneas de argumentación que se han ido construyendo en los últimos años en sede normativa y jurisprudencial o cuasi jurisprudencial, sea en un sentido restrictivo o sea en un sentido amplio, para constatar que tales desarrollos son menores en muchos aspectos frente a los que se dan para otras discriminaciones, lo que abona a la tesis de que ha habido una tendencia a asociar los temas propios de la identidad sexual de una persona con temas de *mujeres* y en un marco de heteronormatividad.

Debo decir acá que si bien se hace referencia a jurisprudencia, se han seleccionado aquellos fallos estimados más ricos en cuanto a su contenido a favor o en contra de la discriminación por *orientación sexual* o *identidad de género* pero no se pretende por esta autora en caso alguno agotar el análisis de la jurisprudencia pues no es ese el único eje de análisis de este trabajo.

Asimismo, me corresponde dejar establecido desde ya que en este capítulo abarco algunos instrumentos que no son estrictamente “fuente formal” de este derecho - como las observaciones o

comentarios generales de los Comités o los informes que emanan del Secretario General o el ECOSOC - pero que he estimado que deben quedar acá incluidos antes que en el tratamiento aparte del *soft law* que se hace en esta tesis por su íntima conexión con normas vinculantes. En consecuencia, adelanto que el capítulo final trata aquellos instrumentos de *soft law* que han surgido desde diferentes actores o sujetos internacionales pero sin tener una vinculación directa o una dependencia a instrumentos formales. Esta separación se ha decidido con el fin de presentar una estructura organizada de los desarrollos que muestra el tema, facilitando la no confusión y el entendimiento de cuáles son en verdad los que tienen fuerza vinculante y no caer en el error a veces observado incluso en estudios jurídicos, de confundir todos los instrumentos internacionales al otorgarles similar valor o, por el contrario, confundirlos negando a todos alguna clase de fuerza vinculante.

Se incluye también en este capítulo una referencia a los ámbitos formales ligados a la paz y la seguridad internacional y la recepción que en ellos se hace de las diversas *identidades de género* y *orientaciones sexuales* en aspectos específicos por ser una parcela del Derecho Internacional estrechamente vinculada a la discriminación que sufren muchas personas por características ligadas a su *sexualidad*, considerando acá los principales tratados que conforman el marco de esta regulación y otros instrumentos, incluidos algunos de *soft law*, que van directamente ligados a ellos.

Al inicio, se hace un breve repaso por algunos mundos nacionales, lo cual es necesario antes de entrar al mundo de lo jurídico internacional a mi entender y que muestra, desde un punto de vista normativo interno, la realidad que viven muchas personas por causa de representar una forma diferente al modelo heterosexual que domina algunas estructuras e instituciones jurídicas nacionales.

El capítulo quinto y final se llama “La importancia del *soft law* en el Tratamiento de la Discriminación por *Orientación Sexual* e *Identidad de Género*” y presenta, desde la realidad de ineficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos especialmente en el mundo de la *sexualidad*, aquellos problemas que sustentan esta ineficacia en la práctica.

Luego y como ya adelanté en esta introducción general a la tesis, se presentan aquellos instrumentos relevantes de “derecho blando” o *soft law* que se han desarrollado como forma de mejorar las debilidades de este orden normativo a la hora de regular ciertas situaciones que tienen que ver con la *sexualidad humana*, en una presentación que busca atribuirles algún valor, especialmente a aquellos que emanan de actores estatales y otros sujetos internacionales, desde una posición que asume que no todo aquello que se da en llamar *soft law* ha de considerarse como “no derecho” sino que lo mira como elemento coadyuvante a las manifestaciones formales que dan vida a esta disciplina.

Pese a haber considerado varios instrumentos que no son estrictamente derecho formal en los capítulos anteriores - como las observaciones o comentarios generales de los Comités o los informes que emanan del Secretario General o del ECOSOC ya indicadas - he decidido incluir este

capítulo como uno aparte especialmente para tratar aquellos instrumentos de *soft law* que han nacido de forma independiente y sin vinculación normativa a un tratado o acuerdo internacional de derechos humanos (o sin una indispensable vinculación normativa) para ayudar en el desarrollo de la lucha anti discriminatoria que se rinde actualmente por *lesbianas, gays, transexuales y bisexuales* en muchas partes del mundo y que suponen interesantes desarrollos desde el punto de vista sustantivo.

Previo a la muestra de los principales instrumentos no vinculantes en la no discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual*, hago una representación de lo que es en realidad el *soft law* como concepto, lo que entiendo queda comprendido en un concepto contemporáneo, progresista y realista del Derecho Internacional en cuanto disciplina matriz que guía este trabajo.

En cuanto a las conclusiones de esta Tesis, ellas se han desarrollado detalladamente y en forma enumerativa a partir de una conclusión general de base que arroja todo el trabajo de investigación efectuado.

Finalmente, tras las conclusiones se introducen ciertas ideas o propuestas de cambios que podrían ayudar a que sea más real y cierta la vida del principio de la no discriminación de personas por cualquier rasgo que emane o se relacione con su *sexualidad*, enumeradas sólo para los fines de la lectura, entendiendo que en esta materia, casi mucho más que en otras del ámbito de lo jurídico, los temas están tan conectados y necesitan un abordaje tan integral, que las separaciones sólo pueden justificarse en esa óptica analítica y no en una jerárquica.

Presentada entonces la estructura de este trabajo, quiero al terminar hacer algunas precisiones que estimo necesarias antes de dar lectura a esta investigación.

Antes que todo deseo reafirmar que este trabajo se realiza principalmente desde la óptica jurídica internacional por lo que asumo el riesgo de dejar fuera del análisis cuestiones ricas para el debate de una mente interesada cuyas respuestas seguramente en otro estudio podrá encontrar, aún cuando he procurado incluir una visión multidisciplinar de muchos temas cuya justificación ya he expuesto largamente en los apartados anteriores de esta introducción general y que evidentemente se han topado con los naturales límites de la formación profesional de quien escribe.

Ligado a lo anterior, corresponde precisar también que se ha mirado en esta tesis al Derecho Internacional desde la triple aproximación que hace el profesor Pastor Ridruejo: desde una aproximación técnica-jurídica, desde una aproximación axiológica y desde una aproximación histórico-sociológica, es decir, evocando el mundo de las normas, los hechos y los valores¹³.

Situada en su línea de pensamiento es que adhiero a la concepción si se quiere “humanista” del Derecho Internacional que lo concibe como un orden que en definitiva busca proteger valores de la persona humana, que no puede asumirse de forma simplista o por el contrario excesivamente rigurosa o formalista, y que debe ser valorado como el orden normativo de la una sociedad que

¹³ Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 12ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 23-30.

presenta profundas diferencias con las sociedades nacionales en que se asientan los derechos nacionales, considerados más eficaces y útiles en muchos casos, razones todas por cierto que me han llevado a incluir de forma decisiva el tratamiento del *soft law* y a consultar el auxilio de otras disciplinas científicas para la ejecución de esta tesis.

Asimismo es importante aclarar que el análisis se hace desde la discriminación que sufren los adultos plenamente capaces, dejando de lado el análisis en detalle que requeriría un tema como la *sexualidad* y su vivencia por los niños, niñas y adolescentes o los adultos incapaces, sin perjuicio de algunas reflexiones que quedan enunciadas en el marco de ciertos contextos en que no pueden ser omitidas estas mínimas referencias.

Me parece también oportuno destacar que he procurado la objetividad que la ciencia requiere aún cuando como es esperable las escrituras siempre reflejarán la carga valórica que está detrás de quien se acerca a un determinado tema, especialmente cuando se trata de uno tan particular como la *sexualidad humana* y sus relaciones con el derecho. Ha sido inevitable que este trabajo, por la naturaleza concreta del tema sobre que gira, no esté exento de la propia carga valorativa que hago como autora, desde mi personal formación religiosa y valórica y, por cierto, desde mi propia vivencia individual y social de la *sexualidad*.

En lo estrictamente formal del trabajo recurro en numerosas ocasiones a indicar con cursiva ciertas expresiones como *sexualidad humana*, *sexo*, *orientación sexual*, *identidad de género* u otras. Ello se explica porque el contexto en que se hace supone el ánimo de destacar la necesidad de tener en cuenta su exacto contenido y significado y poner el énfasis que busco en ellas.

También quiero expresar que he tratado de recurrir a un lenguaje claro, pero riguroso, por tratarse de un tema que requiere esta rigurosidad, a riesgo de parecer a veces fuera de los marcos textuales en que se mueven las tesis doctorales del mundo de lo jurídico.

Tal vez esto sea en sí ya un buen aporte de este trabajo.

De esta manera y formuladas estas últimas explicaciones espero que el trabajo que he realizado, con responsabilidad, dedicación y un especial esfuerzo de apertura desde mi a veces estrecha mente de jurista, sirva al menos como base para un análisis de la importancia de que el derecho de espacio a las diferencias y se adapte a la realidad, sin pretender que sea ésta la que se adapte a él.

PRIMERA PARTE

UNA MIRADA SOBRE LA SEXUALIDAD HUMANA, EL DERECHO Y LOS DERECHOS HUMANOS:

SEXO, IDENTIDAD DE GENERO, ORIENTACION SEXUAL Y DISCRIMINACION.

ENFOQUES TEORICOS Y RECORRIDOS JURIDICOS.

CAPITULO PRIMERO

HACIA UNA IDEA AMPLIA DE LA SEXUALIDAD HUMANA. **DEL CONCEPTO DE SEXO A LA IDENTIDAD DE GENERO Y LA ORIENTACION** **SEXUAL**

INTRODUCCION AL CAPITULO.

En este capítulo se contiene la primera parte del marco teórico necesario para comprender la recepción que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace de los aspectos identitarios del ser humano que derivan de su *sexualidad* en el desarrollo y aplicación de la norma de no discriminación.

Se construye este marco a partir de la comprensión de la presencia de la sexualidad tanto en lo cotidiano como en los discursos científicos que recaen en la vida humana y de lo que incluye en verdad el carácter sexuado de cada persona, marcando el análisis en especial en las distinciones entre *sexo*, *género* y *orientación sexual*, haciendo un repaso además por la visión que las principales civilizaciones - entendidas éstas en clave religiosa - hacen de la sexualidad y que resulta determinante al momento de entender las diferencias regulatorias de los diversos sistemas normativos y cómo cada persona decide vivir su sexualidad.

1. LA PRESENCIA DE LA SEXUALIDAD Y EL SEXO A TRAVÉS DE LOS TIEMPOS. DIFERENTES MIRADAS.

Desde hace unos años a esta época resulta frecuente que la *sexualidad humana* entendida en esta investigación como la especial condición o calidad de ser sexuado que tenemos todos los seres humanos y todas las dimensiones o contenidos que de ella derivan - desde las definiciones y relaciones entre los dos *sexos* biológicos hasta las diferentes *conductas sexuales* y pasando por la determinación del *género* de una persona - estén presentes como tema recurrente en el marco de cualquier análisis social de una manera casi natural y sin que genere sorpresa, sino sólo las naturales diferencias de opiniones o posturas frente a cada cuestión que tenga una connotación concebida como *sexual*.

Claramente, pocos se detienen sorprendidos en estos inicios del siglo XXI cuando ven una imagen cargada de sensualidad o de erotismo para publicitar un cierto producto en el mercado del consumo, o se escucha una canción que promueve algún tipo de relación sexual determinada, o se ve en la prensa las políticas públicas adoptadas por distintos gobiernos para brindar una adecuada “educación sexual” a la población, por ejemplo.

Hoy la sexualidad y las diferencias entre los sexos y las múltiples formas en que ésta se manifiestan están presentes en la familia, en los afectos, en la emociones, pero también en la política, en la economía, en la educación, en el arte y hasta en el ocio, es decir, en general en todos los aspectos de la vida humana en comunidad.

Se podrá opinar entonces que se está de acuerdo o no con la forma de referir la sexualidad en estos distintos contextos, pero de ahí a que cause sorpresa su inclusión, parece claro que ello ya no es así y las connotaciones referentes a lo sexual se consideran parte del dialogo social contemporáneo.

1.1. La mirada desde lo cotidiano.

Esta marcada presencia de la sexualidad en la sociedad humana no es nueva. Buscando en distintas manifestaciones de la vida humana en sociedad a través de los siglos es posible encontrar esta presencia desde antiguo y no como un fenómeno sólo de estos tiempos.

La pintura y la escultura, en tanto manifestaciones más clásicas del arte y reflejo de la cultura¹⁴ de cada sociedad no se han privado nunca de expresar su culto al sexo y la sexualidad de ambos individuos.

No es menor que algunas de las esculturas más famosas del mundo reflejen justamente imágenes desnudas e insinuantes, como lo hacen la *Venus de Milo*, el *David* de Miguel Angel o *Las Tres Gracias* de Nicolás Cordier. Tampoco es un hecho menor o casual que uno de los escultores más famosos de todos los tiempos por su legado como es el francés Auguste Rodin, hiciera girar buena parte de su obra en torno a la anatomía humana. Una de sus principales obras, *El beso*, muestra además su constante preocupación no sólo por reflejar la anatomía sino la sexualidad y su expresión corporal.

Nada menos relevante es también la circunstancia de que algunos de los artistas del pincel más famosos de la civilización humana y sus obras reflejen también desnudos y tengan una fuerte carga erótica y sensual.

Pienso en pintores relativamente contemporáneos y algunas de sus obras. Basta mirar la mayoría del brillante trabajo del austríaco Gustav Klimt que gira sobre la sexualidad femenina, retratando a mujeres en sus distintas etapas, desde la gestación a la vejez, o considerar un ya clásico del siglo XX como es *El Gran Masturbador* del español Salvador Dalí, maestro obsesionado por el sexo como es generalmente sabido y reconocido por algunos historiadores del arte. Retrocediendo en el tiempo, *El Baño Turco*, del francés Dominique Ingres; el conocido *El Jardín de las Delicias*,

¹⁴ Cuando me refiera a “cultura” en esta investigación lo haré pensando no sólo en ella en su acepción más “clásica” como constitutiva de aquello que Giddens llama “los aspectos mentales más elevados”, como el arte, la literatura, la música y la pintura, sino también como comprensiva de cultura “las formas de vida de los miembros de una sociedad o de sus grupos”, incluyendo acá “el modo de vestir, las costumbres matrimoniales y la vida familiar, las pautas laborales, las ceremonias religiosas y la forma de emplear el tiempo libre”. Giddens A., *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 4ª edición, 2001, p. 51.

del pintor holandés El Bosco; *Las Tres Gracias*, del flamenco Rubens o *La Primavera* o *El Nacimiento de Venus*, del italiano Boticelli, reflejan una fuerte cuota del erotismo que se ha mantenido como constante en el arte pictórico. Ese mismo erotismo que se recoge en toda una colección de cuadros que forman parte medular de la valiosa colección erótica de los reyes españoles de la Casa de los Austrias que alberga el famoso Museo del Prado en Madrid. Desde las inmortales *Majas*, del alabado Francisco de Goya hasta *Las Tres Gracias*, *Ninfas y Sátiros* o el significativo trabajo denominado *El rapto de Ganimides*, de Peter Paul Rubens; pasando por *Venus, el amor y la música*, y *Bacanal*, del maestro italiano Tiziano o *La Dama que descubre el seno*, de Tintoretto¹⁵.

Una de las maravillas arquitectónicas del mundo en tanto, el *Taj Mahal*, en la ciudad india de Agra, tiene su origen en la loca pasión y el amor que movía al Emperador musulmán Sha Jahan por su esposa favorita Arjumand Bano Begur, conocida como Mumtaz Mahal. Por su lado, el *Templo de Kandariya Mahadevo*, construido también en la India en el año 1000 después de Cristo, está ornamentado sólo con esculturas con claras referencias sexuales y eróticas.

La literatura en tanto ha hecho lo suyo en casi todas las civilizaciones y sus culturas desde todos los tiempos.

Ya antes de Cristo incluso, el poeta y pensador romano Ovidio escribía un manual para seducir, conocido como el *Arte de amar*, conteniendo una serie de consejos para lograr con éxito la tarea de seducir. Aunque el texto le costó en esos años el destierro a su autor, sus consejos calaron profundo en la sociedad romana de aquella era y ya marcaba pauta de que lo erótico estará siempre presente en la narrativa o en las diversas manifestaciones de la escritura. Su segunda obra inmortal, *Las Metamorfosis*, recoge en quince volúmenes una serie de leyendas y relatos mitológicos de claro contenido erótico que narran desde esa óptica la creación e historia del mundo de la mitología, sirviendo hasta estos días de obra básica de referencia para quienes se aproximan a estudiar ese universo de los mitos y las leyendas del antiguo mundo.

Más adelante, en obras de cuño occidental cristiano como las clásicas de la literatura española basadas en el mito del Don Juan: *El Burlador de Sevilla y convidado de piedra*, de Tirso de Molina y la posterior *Don Juan Tenorio*, de José Zorrilla, las argumentaciones giran en torno a los placeres que provoca la sexualidad humana. Este Don Juan es un hombre entregado a los placeres del sexo y dispuesto a todo con tal de acceder a aquella mujer que desea obtener, aún cuando le cause dolor a su temporal amada. Este hecho, junto a su carácter sólo novelesco, es el que marca la diferencia con el otro gran seductor de la literatura, que escribió sobre su vida y que ha sido sujeto a su vez de la más variada prosa sobre la seducción y sus técnicas, el veneciano Giacomo Casanova, quien se jactaba de dejar siempre felices y satisfechas a sus numerosas amadas.

¹⁵ Véase Guerra de la Vega, R., *El Prado Erótico. Las majas de Goya y la Colección erótica del Museo del Prado*, Edición del Autor, Museo del Prado, España, 1995.

En otros espacios, una de las obras clásicas para la humanidad como es la serie de relatos del mundo musulmán de Medio Oriente, conocidos como *Las Mil y Una Noches*, refleja claramente como el erotismo ha estado presente en el mundo islámico desde antiguo. Allí se contienen relatos sobre tragedias, aventuras y penas, pero también historias de amor, como el propio relato que da inicio y en torno a la cual se estructuran los otros, sobre el Rey Schahriar, profundamente herido porque su esposa encontró el placer sexual en otro hombre y luego profundamente enamorado de Schahrazada, que logra evitar su asesinato contando cada noche un nuevo relato que deja inconcluso, obligando así al Rey a mantenerla viva para conocer el fin de cada historia.

En la literatura moderna en tanto, no puedo dejar de mencionar algunos clásicos ya del teatro o la narrativa, llevados luego al cine con gran éxito. Ejemplos de lo que señalo son la obra *Un tranvía llamado deseo*, del estadounidense Tennessee Williams, cuya historia gira en torno a la pasión desenfrenada que el marido rudo y violento ejerce sobre la mujer de clase acomodada que lo ha dejado todo por seguirlo; la no menos famosa obra de Mario Vargas Llosa *Pantaleón y las visitadoras*, llevada más de una vez a versiones cinematográficas, y donde el capitán de ejército Pantaleón Pantoja es requerido para buscar una forma de satisfacer los apetitos sexuales de los soldados destinados a la Amazonia peruana a través de las “visitadoras”; y la siempre cuestionada *Lolita*, del ruso Vladimir Nabokov, que gira en torno a la sufrida pasión sexual entre el profesor Humbert y su adolescente hijastra.

También requiere una mención acá el aristócrata y filósofo francés Donatien Alphonse François de Sade, conocido mundialmente como Marqués de Sade, famoso en pleno siglo XVIII y hasta hoy por sus relatos eróticos basados en su filosofía de la libertad extrema, sin consideración a la moral, a la religión o a las leyes.

En manifestaciones más modernas y masivas de las culturas en tanto, la idea de la sexualidad también está presente de forma recurrente.

Al nacer el cine, famosos fueron los besos apasionados de un Rodolfo Valentino en blanco y negro y sin sonido, y de películas clásicas del último tiempo del cine mudo como *Amanecer*, del director Friedrich Wilhelm Murnau, que narra la loca pasión de un hombre humilde por una mujer de la ciudad que lo lleva hasta pensar en matar a su propia esposa. Con el correr del siglo XX y el desarrollo de este género artístico, la sexualidad siempre ha tenido un lugar. Desde el éxito absoluto de una película de Adrian Lynem técnicamente irrelevante si no fuera por la actuación insinuante y el mito erótico construido en los ochenta en torno a Kim Basinger como fue *Nueve semanas y media*; pasando por la extraña pero erótica heroína *Barbarella*, quien tomó vida de la mano de Jeane Fonda y el cineasta Roger Vadim a fines de los sesenta; la censurada *El Último tango en París*, del italiano Bernardo Bertolucci, con una escena de sadismo entre sus protagonistas que es parte del culto del cine erótico desde su lanzamiento en 1972; por el ícono del cine pornográfico de todos los tiempos *Garganta Profunda*, que narró al empezar la década de los setenta los problemas de una mujer para obtener un orgasmo y cómo debe recurrir a un sexólogo para descubrir qué parte

de su cuerpo le otorga placer; por una no tan masiva *Bob & Carol & Ted & Alice* que en los mismos años mostró por vez primera la infidelidad sexual como algo consentido y hasta deseado por un matrimonio; por la controversial *Calígula*, que narró a fin de los años setenta el ascenso y caída del Emperador romano Calígula y sus aficiones al sexo y las orgías; hasta llegar a una exitosa *Bajos Instintos* que, a inicios de los años noventa, consagró a la actriz Sharon Stone después de su famoso cruce de piernas frente a la policía abriendo hasta hoy un época en que lo sexual y erótico suelen estar presente en las filmaciones, ya sea formando parte central del argumento o ya sea como parte de la trama en forma secundaria, e incluyendo en pocos casos una sexualidad que sale de roles estereotipados de hombres y mujeres heterosexuales como ocurrió ya en la década del 2000 con el premiado film sobre una relación homosexual en los sesenta *Brokeback Mountain* o años antes con la humorística cinta francesa *La cage aux folles*.

Ahora bien, lo curioso al hacer un repaso de todas estas manifestaciones de la imaginación a lo largo del desarrollo de la civilización humana es que en la mayoría de los casos, se inician, transitan y terminan en una visión marcadamente *masculina*. Así es como son hombres (y en su inmensa mayoría *heterosexuales* y con rasgos de un *género masculino* bien definido) los protagonistas de cada historia y de las epopeyas, reales o ficticias, sobre las que se ha construido el mundo. “Hombres son los seres humanos cuyas vidas parecen ser casi las únicas dignas de ser contadas”¹⁶.

Si sólo nos quedamos en una mirada al cine se encuentra el espectador con alcances sexuales que, mayoritariamente, dan cuenta de cuerpos *femeninos*. Pocos son los casos en que puede verse la anatomía de un varón. Ni aún películas en que ésta es el centro o parte determinante del argumento, como en la exitosa *Full Monty* de inicios de los años noventa, llegó a mostrar claramente un cuerpo *masculino* al desnudo, lo cual denota una diferencia en el tratamiento de ambos *sexos*, establecida y consentida tácitamente por las grandes audiencias de cada cultura.

La televisión en tanto, principal medio masivo para transmitir imágenes y contenidos desde mitad del siglo pasado, tampoco ha ido quedando al margen y así pueden tenerse a la vista toda una gama de seriales televisivas con proyección casi mundial desde occidente, que han colocado o colocan a las relaciones entre los sexos, ciertas características estereotipadas de cada uno o nuevas manifestaciones de la sexualidad, como parte de las tramas centrales.

Desde *Los Angeles de Charlie*, exaltando un cierto estándar de la belleza femenina, hasta *Mágnam* o *Miami Vice*, que promovían la imagen del hombre muy *masculino*, exitoso en su labor y rodeado de bellas mujeres siempre dispuestas a complacerlo, hasta la más contemporáneas *Sex and the City*, narrando las aventuras y desventuras sexuales de cuatro mujeres solteras en la gran urbe neoyorkina; *Will & Grace*, que colocó abiertamente en la pantalla pequeña el tema de las relaciones y la vida de un profesional homosexual en pleno inicio de siglo XXI; o *Nip/Tuck*, que relata la vida de dos cirujanos plásticos cuyo mundo gira en torno al dinero, la lujuria, el sexo y un determinado

¹⁶ Renau, M. Dolors, *Ciudadanas y Políticas*, 1ª Edición, Fundación Rafael Campalans, 2008, p. 16.

concepto del atractivo físico que mujeres y hombres esperan conseguir a partir del trabajo de sus privilegiadas manos médicas.

La música, en tanto, en distintos tiempos y culturas ha dado siempre espacio a la sexualidad. Desde las insinuantes danzas árabes de siglos pasados hasta los sonidos cargados de erotismo de *Elvis Presley*, *Jerry Lee Lewis*, *The Rolling Stones* o más recientemente *David Bowie*, *Boy George* o *Madonna*, por citar íconos de la música masiva del siglo XX y lo que va del XXI que han basado su carrera no sólo en el arte de cantar sino también en el de seducir a partir de su propia sexualidad (o la particular definición de ésta) y el juego de lo erótico en sus canciones y sus puestas en escena, no pudiendo omitir en estas referencias lo que fue el Festival de Música y Arte Woodstock entre el 15 y el 17 de agosto de 1969 y su impacto en un mundo que empezaba a asociar sin lugar a dudas la paz y el amor con la música y ésta a su vez con el placer del cuerpo, aunque a veces esta asociación no tuviera restricciones ni cuidados configurando a los excesos en la fuente principal del placer.

Como se aprecia entonces con esta breve relación, desde que hay conciencia de la civilización humana en la Tierra ésta ha buscado cauces o formas de manifestar un culto (o un rechazo) al carácter sexuado de las personas y, en esa línea, hay que decir también que ha sido con ojos *masculinos* como en buena medida se ha construido y se ha moldeado la civilización humana, quedando las mujeres y sus logros o historias (no pocas por cierto) condenadas a una especie de segundo lugar, como si lo nuestro fuera a la vez y según conveniencia de los varones menos y más público, o menos y más privado.

Hay entonces un lenguaje oral y escrito que pone a los aspectos de la sexualidad *femenina* en una clave diferente para presentarlo ante la sociedad humana, tendencia que hoy se recoge también para *homosexuales*, sean *gays* o *lesbianas*, o para quienes sufren alguna diferencia especial al intentar definir su *género*, cuyas historias siempre parecen quedar en un segundo término, tendencia que hoy se busca revertir por buena parte de esa misma sociedad que por años contribuyó a este estado de olvido o minusvaloración.

1.2. La mirada desde lo científico.

Como he relatado y graficado con escasos ejemplos, desde siempre los seres humanos hemos tenido en vista nuestra *sexualidad* en la vida cotidiana en diversas formas y a través de distintas expresiones. Junto a ello, es también evidente que ella es una parte integral de los discursos civilizatorios en función de la representación que de la misma hacen las religiones o sistemas de valores y creencias que les dan vida, como se verá en el apartado siguiente.

Por lo expuesto es que resulta lógico constatar que desde muchas disciplinas se viene desde hace años analizando el camino recorrido en el entendimiento de la sexualidad humana desde perspectivas y ópticas científicas, ya sea para buscar explicaciones a los comportamientos o realidades sexuales de los individuos; para exaltarla, defendiendo una idea o una práctica

determinada; ya sea para denostarla, acusando esa misma idea o práctica como contraria a lo que se cree es “la naturaleza de las cosas” o, desde una perspectiva relativista, por contrariar a la pretendida cultura de una sociedad determinada.

Desde los reclamos *femeninos* por una sexualidad igualitaria con los hombres, con todas las variantes feministas que se pueden encontrar en la literatura especializada; hasta el discurso de la nueva masculinidad afectiva y los problemas de *identidad de género* de muchos y muchas; pasando por nuevos comportamientos en las prácticas sexuales heterosexuales y por las preferencias sexuales hacia el mismo sexo o incluso el uso de los nuevos métodos de concepción artificial, todos son temas que se han colocado en los discursos desde la multiplicidad de ópticas en que la cuestión de la *sexualidad humana* puede ser analizada con criterio científico o pretendidamente científico.

A inicios ya del siglo XXI hablar de la sexualidad es entonces, además de un hecho frecuente y cotidiano, una realidad presente en diversas disciplinas, constatación que por cierto no es de tan reciente data.

En efecto, el discurso sexual se abrió campo y se hizo presente - además de lo presente que ha estado siempre en los medios culturales que he relatado sea de manera expresa o implícita - en los discursos y en el lenguaje de la medicina, la filosofía, la sociología, la psicología, la educación, la antropología, la economía y hasta la política, sin olvidar su presencia recurrente en los sistemas de creencias de las distintas culturas (si se considerara la religión como una ciencia), ni menos su irrupción en el mundo de lo jurídico, temas que ocuparán estas páginas más adelante.

La psiquiatría y el psicoanálisis fueron desde sus orígenes más definidos a inicios del siglo XX campos fructíferos para desarrollar nuevas creencias sobre la sexualidad y cómo enfocarla para comprenderla.

Así se encuentra que una primera lectura sobre la sexualidad desde un punto de vista médico vino del psiquiatra vienés Richard Von Krafft-Ebing quien fue el pionero en estudiar sistemáticamente las variantes del deseo sexual prohibido. A través de un verdadero estudio de casos llevado a cabo a partir de las hojas de vida clínica de sus pacientes acuñó términos como “fetichismo”, “sadismo” o “masoquismo” conforme a la vida de seres humanos que en muchos casos fueron perseguidos y encerrados en cárceles o manicomios por sus conductas en materia sexual, los cuales dio a conocer en su obra *Psychopathía Sexualis*, publicada en 1886. Krafft-Ebing entendía que el fetichismo y el sadismo, así como otras variaciones sexuales tenían por origen la masturbación, entendida como el principal pecado sexual del siglo XIX¹⁷.

Unos años más tarde que Krafft-Ebing, siendo alabado por muchos y criticado por otros cuantos - especialmente por mujeres por su consideración de ellas como seres inferiores a los hombres por carecer de pene, y por los homosexuales a quienes calificaba en sus tiempos de

¹⁷ Strong, B.; DeVault, C.; Sayad, B.W.; and Yarber, W.L., *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*, Fifth Edition, Mc. Graw Hill, New York, 2005, p. 50.

enfermos psiquiátricos de inversión o de desviados sexualmente - el austriaco Sigmund Freud introduciría al discurso de la mente las explicaciones sobre muchos comportamientos sexuales.

A partir de explorar el subconsciente, particularmente a través de la búsqueda de explicación a los sueños, Freud buscaba explicar tales comportamientos sexuales. Creía que la sexualidad comenzaba al nacer y que en cuanto la sociedad y la cultura reprime los naturales impulsos sexuales está dando a lugar a malestares y neurosis.

Freud describió la personalidad humana como dividida en tres partes; el “ello”, el “yo” y el “superyó”. El “ello” está presente desde el momento en que nacemos; es la reserva de energía psíquica e incluye a la libido, es decir, opera según el principio del placer y por tanto puede ser bastante irracional. El “yo” en tanto opera según el principio de la realidad y mantiene el “ello” a raya tratando de obtener interacciones realistas y racionales con los demás. El “superyó” por su lado es la conciencia que contiene los valores e ideales que se aprenden de la sociedad y opera así sobre la base del idealismo. Inhibe los impulsos del “ello” y procura que el “yo” busque ideales y metas más morales que realistas. El “ello”, el “yo” y el “superyó” se desarrollan secuencialmente en la vida; el “ello” contiene los instintos presentes al nacer, el “yo” se va desarrollando a medida que el niño aprende a interactuar con su ambiente y las personas que lo forman, y el “superyó” se desarrolla al final, en la medida que el niño va aprendiendo valores.

El autor concibió a partir de ello cinco estados de desarrollo psicosexual en el ser humano. El primero, desde el nacimiento hasta el primer año de vida. Durante esta etapa el erotismo del niño está concentrado en la boca y es el deseo de succionar que causa placer. El segundo, entre el año y los tres de vida, es lo que llama la “etapa anal”, ya que el placer erótico se concentra en el ano, también como autoerotismo. La tercera etapa en este desarrollo, desde los tres a los cinco años, es el estado en que todo gira en torno al pene (“etapa fálica”) en que los niños exhiben interés en sus genitales. Desde los seis años los niños entran en la cuarta etapa que califica de “latencia” pues no hay impulsos sexuales activos. Ya en la pubertad, entran los niños en una “etapa genital” en que comienza el verdadero interés sexual a partir de actividades sexuales con los genitales, especialmente teniendo relaciones sexuales con otro. La etapa crítica según Freud en este desarrollo es la que llama del “estado fálico”; los niños desarrollan interés sexual en sus madres (“complejo de Edipo”) y las niñas desarrollan interés y enamoramiento hacia el padre (“complejo de Electra”) y al darse cuenta de que carecen de pene comienzan a desarrollar envidia de los niños por esa causa.

Los aportes freudianos sobre sexualidad y deseos reprimidos a partir del desarrollo de los conceptos del “ello”, “yo” y “superyó” y de los llamados “complejo de Edipo” y “complejo de Electra”, que denotarían unas de las fases más importantes del desarrollo de cada ser humano según el vienés, son un referente siempre recurrido cuando se trata de ver las explicaciones sobre las variantes de la sexualidad humana, aunque con los años sus conclusiones han sido muy discutidas

principalmente por dos razones: la falta de estudios empíricos y la inadecuada descripción del desarrollo femenino¹⁸.

Se puede sintetizar que el gran aporte de Freud fue poner en la discusión pública el tema de la sexualidad y terminar con la idea de que la niñez era una etapa asexualada.

Pese al impacto de Freud y sus razonamientos, según la literatura mayoritaria consultada en esta investigación quien inaugura la era de los “sexólogos” al derivar sus trabajos médicos hacia el estudio de la sexualidad humana es el inglés Havelock Ellis quien fue uno de los primeros en el gremio de los médicos y psicólogos, en introducir revolucionarias ideas sobre el sexo hacia los inicios del siglo XX, dando una nueva mirada, bastante más positiva, a todo lo vinculado a la sexualidad humana. En su obra *Studies in the Psychology of Sex*, publicada en seis volúmenes entre 1897 y 1910, Ellis realizó un verdadero estudio de casos a través de autobiografías y cartas personales, generando una importante contribución a partir de considerar la relatividad de los valores sexuales, principalmente en el marco de lo que fue la llamada “era victoriana” en el siglo XIX¹⁹. Pero sin duda su mayor aporte fue la conclusión de que la homosexualidad no debía ser considerada una enfermedad, un crimen o una inmoralidad y por tanto, no podía ser la esencia de la perversión como se la consideraba en esa centuria. Concluyó que se trataba de una condición congénita y por tanto, una persona nacía como homosexual, no se hacía homosexual, es decir, no elegía esa condición y, consecuente con ello, no podía entonces ser sancionado por ello o calificado como inmoral o criminal. Otras revolucionarias ideas para su época fueron la defensa de la eugenesia, aunque sólo respecto de una eugenesia selectiva por criterios de clase y raza; y la consideración de que la masturbación, aún la femenina, eran conductas normales y que cumplía una positiva función al generar un alivio a ciertas tensiones²⁰.

En el marco ya de la medicina y de lo que se suelen considerar como parte de las investigaciones científico-académicas sobre sexualidad con marcado carácter biológico, gran revolución en su tiempo causó el estadounidense Alfred Kinsey con sus masivas encuestas sobre conducta sexual en plena década del 40 en su país de origen.

Su metodología consistió en realizar entrevistas confidenciales a cerca de 5.300 hombres y 5.900 mujeres, de raza blanca, de distintas edades, nivel socio educativo, opinión religiosa y lugar de residencia en Estados Unidos. Por la metodología empleada, algunos estiman que pese a su formación como biólogo, sería en realidad el primer investigador en aplicar técnicas sociológicas (cualitativas y cuantitativas) al estudio del sexo y la sexualidad²¹.

¹⁸ Strong, B.; *Human Sexuality*.(cit.) pp. 51-51. Un claro resumen en español de lo esencial del pensamiento de Freud en torno a la sexualidad se puede recoger en: Shibley Hyde, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana*, 9ª Edición, Traducción de Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra, Editorial Mac. Graw Hill, México, 2006, pp .28-31.

¹⁹ Se conoce como la “Era Victoriana” el reinado de la Reina Victoria de Inglaterra, entre 1819 y 1901, en que la sociedad británica se mostraba absolutamente contraria a las expresiones de la sexualidad, manifestando casi una repugnancia hacia el sexo, la que contrastaba con una serie de prácticas realizadas en privado y en clara oposición a las normas públicas de decencia y pureza impuestas por el régimen victoriano.

²⁰ Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.) p. 52.

²¹ Guasch, O. y Osborne, R. “Avances en sociología de la sexualidad”, en Osborne, Raquel y Guasch, O. (Comps.), *Sociología de la sexualidad*, 1ª edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2003, pp. 14-15.

Este biólogo estadounidense generó importantes obras a partir de sus trabajos, *Sexual Behavior in the Human Male* (1948) y *Sexual Behavior in the Human Female* (1953), las cuales son dos volúmenes que contienen estadísticas documentadas sobre el comportamiento sexual de los estadounidenses. Su gran conclusión fue la separación radical que existía entre los estándares públicos de lo sexual y los reales comportamientos sexuales de las personas. Las entrevistas versaron sobre distintos ítems agrupados en nueve áreas: datos económicos y sociales, historia matrimonial, educación sexual, datos físicos y fisiológicos, sueños eróticos, masturbación, historia heterosexual, historia homosexual y contactos sexuales con animales. En lo medular y desde un punto de vista cualitativo, sus trabajos demostraron la gran variedad de comportamientos sexuales de hombres y mujeres; reevaluó de modo positivo el rol de la masturbación como una manifestación del deseo sexual, especialmente en mujeres; identificó como muy corrientes las prácticas sexuales entre personas del mismo sexo, contra la creencia de la época que minusvaloraba la frecuencia de los comportamientos homosexuales y rechazó la dicotomía entre lo normal y anormal en materia de sexualidad.

Con los años sus conclusiones han sido discutidas principalmente por el énfasis puesto en cuantificar los comportamientos sexuales, ignorando el componente o la dimensión psicológica y porque que los resultados obtenidos no constituyen el reflejo de un grupo plenamente representativo de la población estadounidense²². No obstante ello, los aportes de Kinsey son un referente que no se puede obviar al hablar de sexualidad humana aún en estos tiempos y pese a los años transcurridos desde sus estudios. Se trata, más de seis décadas después, de un punto de referencia que se toma en cualquier trabajo o investigación que aborde la sexualidad²³. A su favor juega sin duda el hecho de haber considerado a la población en general y no a grupos específicos estigmatizados por sus “desviaciones sexuales” (prostitutas, homosexuales, etc.) y por cuanto se aproximó a la realidad sin prejuicios morales²⁴.

Junto a los estudios de Kinsey, el otro gran referente contemporáneo sobre la sexualidad desde la visión médica es el trabajo de William H. Masters y Virginia E. Johnson.

El interés del médico William Masters en problemas sexuales como la eyaculación precoz, los problemas de erección en los hombres y la falta de orgasmo de las mujeres lo llevó a realizar su famoso estudio sobre los trastornos sexuales y la fisiología de la respuesta sexual en los años sesenta, los cuales son hasta hoy un referente obligado si se quiere hacer una aproximación interdisciplinaria a la sexualidad considerando la óptica médica, sea para compartir sus logros y aportes, o sea para criticarlos.

De hecho, hasta inicios del siglo XXI, el único estudio a nivel mundial sobre las diferencias del coito humano entre hombres y mujeres es este estudio de Masters y su ayudanta Johnson,

²² Strong, B.; *Human Sexuality*.(cit.) pp. 53-54.

²³ Un buen resumen en español de los resultados de los estudios de Kinsey se encuentra en Barra, E., *Psicología de la sexualidad*, Serie Monografías, Editorial Universidad de Concepción, 2ª. Edición, Concepción, 2002, pp.147-162.

²⁴ Guasch, O. y Osborne, R. “Avances en sociología de la sexualidad”, en Osborne, R. y Guasch, O. (Comps.), *Sociología de la sexualidad*, 1ª edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2003., p. 15.

realizado con 382 mujeres y 312 hombres a partir de la observación de 10.000 coitos y que se tiene generalmente como referente para el análisis de las diferencias sobre la respuesta de unos u otras desde el punto de vista de la fisiología sexual ya que investigaciones posteriores han ido confirmando buena parte de sus conclusiones, a pesar de las críticas que se les han formulado en orden a que ignoraron los factores cognitivos y en cuanto a la selección no aleatoria de quienes participaron para ser parte del análisis.

El estudio de los investigadores sexuales Master y Johnson culminó en 1966 con la publicación de libro *Human Sexual Response* en que describieron cuatro etapas dentro de la respuesta sexual: la excitación, la meseta, el orgasmo y la resolución. En estos procesos lo que ocurre es la vasocongestión, es decir, la acumulación de sangre en los vasos sanguíneos de una región del cuerpo, especialmente los genitales; y la miotonía, que supone la contracción muscular que afecta no sólo a los genitales sino a todo el cuerpo. La fase de excitación es el inicio de la estimulación erótica, durante la cual se produce la erección en el varón y la lubricación vaginal en la mujer, siendo durante la meseta cuando la vasocongestión alcanza su máximo punto. El orgasmo es la tercera etapa de la respuesta sexual, según Master y Johnson y es una sensación intensa que ocurre en el momento culminante de la excitación sexual y al cual le sigue la liberación de las tensiones sexuales a la que sigue la fase de resolución en la cual el cuerpo regresa al estado no excitado, luego de la liberación de tensiones que ha supuesto el orgasmo. Hasta este inicio de siglo XXI estos resultados de Master y Johnson siguen siendo citados permanentemente²⁵.

De la misma época data el libro *The Transsexual Phenomenon* en que el médico endocrinólogo alemán Harry Benjamin recogió los resultados de su pionero trabajo sobre *transexualidad*, término que él mismo venía acuñando desde la década del 50 cuando recibió del propio Alfred Kinsey en 1948 un particular caso relativo a un paciente niño que aseguraba ser niña a pesar de haber nacido con los genitales de un varón.

Más partidario de la transexualidad como un problema físico, Benjamin ha pasado a la historia por el desarrollo de un modelo de reasignación en estos casos en base al uso de hormonas y tratamientos quirúrgicos. Hoy, la Asociación Profesional Mundial para Salud Transgénera (WPATH, por su sigla en inglés *The World Professional Association for Transgender Health*) antes llamada Asociación Internacional Harry Benjamin de Disforia de Género, sigue trabajando en normas de cuidado y un protocolo adecuado de atención para quienes manifiestan tener esta falta de adecuación entre su sexo y lo que sienten, el cual distingue entre niños y adultos²⁶ y es seguido en muchos establecimientos sanitarios del mundo, considerándose por algunos como la “biblia” de los profesionales que trabajan en transexualidad²⁷.

²⁵ Un resumen en español de los resultados de las investigaciones de Master y Johnson y algunos métodos alternativos para explicar la respuesta fisiológica humana, puede verse en: Shibley Hyde, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, pp. 205-215.

²⁶ Véase el sitio oficial http://www.wpath.org/about_wpath.cfm (último acceso: 24 de enero de 2010)

²⁷ Véase el Reportaje “Quiero mi sexo”, Diario El País de 24 de enero de 2010. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/portada/Quiero/sexo/elpepuseps/20100124elpepspor_7/Tes (último acceso: 24 de enero de 2010)

Ahora bien, como se puede observar a partir de la vigencia contemporánea de estos referentes científicos históricos, el tema de la sexualidad es y ha sido un tema ampliamente investigado y tanto es así que día a día es enorme la cantidad de nuevos trabajos y autores que aparecen, desde diversos enfoques disciplinarios, aportando o pretendiendo crear nuevas concepciones, o dar nuevas explicaciones al porqué los seres humanos somos sexuados o porqué nos comportamos de tal o cual modo, o cómo la modernidad y procesos como la globalización inciden o pueden incidir en la vida sexual.

De esta enorme batería de miradas que se puede recoger al introducirse al tema de la sexualidad con visión holística, lo cierto es que existen ciertos autores y autoras que durante el siglo XX, particularmente desde la segunda mitad de esa centuria, han desarrollado teorías o construcciones determinadas, que son un referente que no puede obviarse al momento de hablar de sexualidad pues ayudan a una mejor comprensión de ella, sea que se comparta o no tal construcción teórica.

Así como los primeros investigadores comparten una visión que arranca desde la medicina y la psiquiatría, aún cuando unos tengan una visión más positiva de ciertos comportamientos sexuales que otros; ya en el siglo XX y hasta estos días sin duda los mayores aportes han venido del mundo de la sociología y la filosofía contemporánea²⁸.

En efecto, ya a partir de la mitad del siglo XX se ha dado el espacio para que el tema de la sexualidad impregne el discurso por parte de algunos “clásicos” del pensamiento contemporáneo que han apuntado al tema de la sexualidad humana y han marcado otros discursos.

Por su aporte al nacimiento de una nueva era para las reivindicaciones de mujeres y por su aporte al análisis histórico de la sexualidad reivindicando su condición de homosexual declarado y asumido en tiempos en que ello no era fácil, respectivamente, sin duda dos nombres cuya referencia no puedo obviar por la naturaleza final de esta investigación son Simone de Beauvoir y Michael Foucault. Dos personalidades que marcaron historia en el siglo XX con discursos muy revolucionarios para aquellos que se contaban en sus días.

La francesa De Beauvoir (1908 - 1986) con su obra *El segundo sexo* y su aporte a la idea de la mujer como sexo construido socialmente, expresado en la clásica máxima con que inicia su capítulo dedicado a la infancia: “No se nace mujer: se llega a serlo”²⁹, generó una serie de movimientos de corte feminista, inaugurando una nueva etapa en la historia de las reivindicaciones por igualdad entre ambos sexos y siendo antecedente directo del desarrollo de la idea de *género*.

²⁸ Aunque desde la óptica de la psiquiatría, el alemán Erich Fromm (1900-1980) merece una consideración a mi entender por ser de los pocos que dedica algunos interesantes esfuerzos intelectuales al sentimiento que más comúnmente se asocia a la sexualidad: el amor. En su clásica obra *El arte de amar*, escrita hacia 1956, estableció que el amor es algo que “se hace” y no un estado en que las personas “están”. De ahí que Fromm calificara al amor como un “arte”, pues es algo que se debe aprender a hacer y practicar tal como es un arte el vivir, es decir, según su postulado, dominando la teoría y la práctica se puede llegar a amar. Reitero que menciono a Fromm pues no debe perderse de vista que si bien existe la sexualidad sin amor, no es menos cierto que existe - o debería existir siempre para algunos - una inevitable conexión entre esa indefinible emoción que es el amor y el sexo. En tiempos más modernos, Zygmunt Bauman se ha preocupado de lo que llama el amor “líquido” en su obra *Amor Líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, referencia obligada a mi modo de ver para comprender cómo la sociedad global y los cambios radicales de los últimos años afectan (o pueden afectar) a este sentimiento.

²⁹ De Beauvoir, Simone, *El Segundo Sexo*, Traducción de Juan García Puente, 4ª Edición, Editorial Sudamericana, 1999, p. 207.

En su principal trabajo, De Beauvoir describe y analiza diferentes etapas en la vida de las mujeres y los distintos roles que a ésta le toca cumplir, en muchos de los cuales ya hay una fuerte carga social que los impregna y les atribuye un cierto rol secundario, una cierta subordinación en cada civilización bajo el mito de la superioridad masculina: la infancia, la juventud, la iniciación sexual y hasta el reconocimiento de la condición de lesbiana; y las diferentes situaciones en que la vida las sitúa: como esposas, madres, prostitutas, como ancianas.

Algo que resulta interesante en su investigación es la constatación sobre los datos de la biología y cómo estos muestran las diferencias entre hombres y mujeres que ayudan a comprender a la mujer. Pese a ello se muestra enemiga de que tengan que ser determinantes de un cierto destino petrificado para las mujeres, el cual gira en torno a la idea de la “feminidad” a que están llamadas y a la idea de que el matrimonio es el destino que la sociedad ha dado a ellas tradicionalmente y respecto del cual reconoce los cambios que empieza a sufrir en los tiempos en que ella escribe: fines de la década del cuarenta.

Usando siempre la idea de que respecto de las mujeres se habla de las “otras”, pues todo se hace girar desde y hacia los hombres - partiendo por la historia - postula que las diferencias no bastan “para definir una jerarquía de los sexos; no explican por qué la mujer es lo Otro; no la condenan a conservar eternamente ese papel subordinado”³⁰.

Por su parte, Michel Foucault (1926 - 1984)³¹, desarrolló su trilogía inacabada sobre *Historia de la Sexualidad* que comienza en un volumen que analiza la llamada “época victoriana” y todas las restricciones que ella supuso para la sexualidad en el mundo cristiano-occidental. La serie de estudios que inicia Foucault pretende aclarar cuáles fueron las relaciones históricas “entre el poder y el discurso” que forjaron el dispositivo de sexualidad que nos afecta.

Su discurso gira sobre la idea de que el hombre occidental se ha especializado durante los tres últimos siglos en el ejercicio de registrar minuciosamente sus placeres lo que ha significado que en nuestra sociedad la *scientia sexuales* ha desplazado al *ars erótica*. Se han multiplicado los sermones sobre “lo” prohibido y existe un placer en saber sobre el placer, siendo así la sexualidad un discurso permanente desde que el Estado ejerce de administrador de los cuerpos.

De ahí se daría paso a su construcción del “biopoder” como parte o proyección que integra en cierta medida el tema de la soberanía en su concepción y que supone que la vida es algo que controla quien detenta el poder, como una especie de derecho de vida y derecho de muerte que asiste al soberano. El biopoder fue, indica Foucault, un elemento indispensable en el desarrollo del capitalismo, el cual no pudo afirmarse sino al precio de la inserción controlada de los cuerpos en el aparato de producción y mediante un ajuste de los fenómenos de población a los procesos económicos.

³⁰ De Beauvoir, Simone, *El Segundo Sexo* (cit.), p. 43.

³¹ Un análisis de todo el pensamiento de Michel Foucault estaría fuera de lugar en un trabajo de esta naturaleza. Sólo me he aproximado a su trabajo sobre sexualidad por la pertinencia al tema objeto de esta tesis y por cuanto la literatura muestra que cualquier aproximación a la temática de la sexualidad supone conocer los aportes de Foucault, aún cuando no se lleguen a compartir todas sus ideas.

Para el francés, que parece despreciar el amor y los ideales románticos, hasta antes del siglo XIX se hablaba de sexo de manera liberal y abierta y la humanidad estaba dada a los placeres sexuales sin tanto remordimiento; sería en el siglo XIX - con su capitalismo auestas - en que en virtud de las relaciones de poder y la importancia de la mano de obra, se dejaría el sexo y sus placeres relegados al ámbito estrictamente conyugal y considerando que sólo era permisible el placer destinado a la procreación. Esto lleva a un discurso silenciado y reprimido sobre el sexo, que llama la “hipótesis represiva”.

Dice que la historia de la sexualidad, centrada en los mecanismos de represión, tiene dos momentos de ruptura.

Durante el siglo XVII, en que nacen las grandes prohibiciones; se valora únicamente la sexualidad adulta y matrimonial; surgen imperativos de decencia; evitación obligatoria del cuerpo y los silencios y pudores imperativos del lenguaje.

Durante el siglo XX vino a su entender una inflexión de la curva más que ruptura: se empiezan a aflojar los mecanismos de la represión; se pasa de las prohibiciones sexuales apremiantes a una tolerancia relativa sobre las relaciones prenupciales o extramatrimoniales; se atenúa la descalificación de los “perversos” y se borra en parte su condena por la ley y se levantan buena parte de los tabúes que pesaban sobre sexualidad infantil.

Se puede decir que el gran aporte de Foucault es consolidar la perspectiva de que lo sexual adquiere significado en el marco de lo que son las relaciones sociales de poder, buscando el significado que las conductas tienen para sus actores, quitando la cuestión individual moralista de que estaban revestidas las miradas que se daban a la sexualidad hasta esa fecha.

Sus trabajos se han seguido por muchos así como se ha seguido el tema de la sexualidad en general, transformándose en eje o parte al menos de los trabajos y reflexiones de muchos destacados pensadores del siglo XX y lo que va del XXI, constituyendo un buen documento histórico para entender la concepción de la sexualidad y las prácticas sexuales en los antiguos.

Como he presentado entonces hasta acá, desde fines del el siglo XIX el mundo ha visto nacer a un grupo de intelectuales que, desde sus respectivos campos de trabajo - sean la medicina, la filosofía o la sociología, por ejemplo - han abordado el desafío de introducirse en el terreno que busca explicar uno de los aspectos más privados y a la vez público de la vida humana y que es parte integrante en la construcción de la identidad de cada individuo.

En esa línea, una mención especial al menos merecen en el marco de esta investigación y su línea conductual, autores como Anthony Giddens³², Jeffrey Weeks³³, Judith Butler³⁴, o Fatima

³² Considerado uno de los pensadores más influyentes en el siglo XX y lo que va del XXI el inglés no ha quedado al margen de un discurso propio sobre la sexualidad entrando en este terreno arcilloso desde su respectivo marco de estudio sobre la sociedad. Reconocido por su contribución al reencanto de la disciplina con aires contemporáneos y por conjugar un análisis de la sociedad tanto desde el nivel de lo macro como desde el nivel de lo micro, ha dedicado alguna de sus obras a la búsqueda de la identidad y del yo - en los tiempos que llama “modernos” - en los cuales considera de gran importancia todas las transformaciones que ha tenido la intimidad, la sexualidad y el erotismo, criticando de paso la construcción foucaultiana del “biopoder” y de la “hipótesis represiva” por estimar que tanto los aspectos generativos como distributivos del poder no tienen nada que ver con la sexualidad, sino que se relacionan con aspectos vinculados con propiedades específicas de los grupos e individuos, así como con contextos que varían y con

Mernissi³⁵, por citar los principales a que he dedicado mis lecturas complementarias a lo jurídico en el marco de esta investigación por la pertinencia de sus reflexiones para buscar distintas lecturas de comprensión a los desarrollos personales y sociales en materia de sexualidad humana y muchos de cuyos pensamientos, ideas o construcciones teóricas han servido para ilustrar este trabajo y complementar el entendimiento de lo normativo y de las posiciones que iré adoptando frente a numerosos aspectos³⁶.

los modos de lo que llama reflexividad institucional. Giddens discute muchas de las interpretaciones dominantes del papel de la sexualidad en la cultura moderna. En su discurso sobre las transformaciones de la intimidad denomina “sexualidad plástica” a la sexualidad liberada de su relación intrínseca con la reproducción, la cual analiza en términos de desarrollo a largo plazo del orden social moderno y de las influencias sociales de las últimas décadas. La llamada revolución sexual de las pasadas décadas tuvo como condición previa para el autor la separación de la integración ancestral de la sexualidad con la reproducción, el parentesco y las generaciones e implica dos elementos básicos: la revolución en la autonomía sexual femenina y el florecimiento de la homosexualidad masculina y femenina. Argumenta que la transformación de la intimidad, en la que las mujeres han desempeñado la función más destacada, encierra la posibilidad de una democratización radical de la esfera personal. Como antes he dicho respecto de Foucault, un análisis de todo el pensamiento del inglés estaría fuera de lugar en un trabajo de esta naturaleza. Sólo me he aproximado a sus trabajos sobre sexualidad por la pertinencia al tema objeto de esta tesis. Sobre sus estudios en la materia véase especialmente Giddens, A., *La transformación de la Intimidad. Sexualidad, Amor y Erotismo en las sociedades modernas*, Traducción de Benito Herrero Amaro, 2ª Edición, Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.

³³ El escocés Jeffrey Weeks, combinando la academia con el activismo pro homosexualidad, aporta nuevos desarrollos a la idea de que la sexualidad es algo construido históricamente a partir de los distintos desarrollos socio-culturales. En su planteamiento las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es a la vez una experiencia histórica y personal. La fisiología y la morfología del cuerpo, es decir, la biología, crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos sino que se debe concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente construidas. Sobre sus estudios en la materia véase especialmente Weeks, J., *Sexualidad*, Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición, Editorial Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1998.

³⁴ En el ámbito de los estudios de género, sin duda quien merece un lugar por su aporte sobre la “reconstrucción” del género es la inglesa Judith Butler con sus ideas en el marco de la llamada “Teoría queer” que ha puesto el tema de las construcciones de nuevas formas de sexualidad en la discusión teórica. En términos generales, esta teoría plantea un desarrollo de los estudios lésbicos y gays, en un sentido crítico a tales categorías cuando se les considera realidades cerradas que crean una especie de identidad tipo que se institucionaliza mediante las narrativas de “salir del armario”. Afirma que no sólo el género es una construcción social, sino también el sexo y la sexualidad. Sobre la materia véase especialmente Butler, J., *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2007; y Butler, J., *Deshacer el género*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.

³⁵ La socióloga Fatima Mernissi, viniendo y viviendo en un mundo diferente al “occidental” ha sido promotora de la mejora de la situación de la mujer en los países que interpretan el Corán de manera integrista y conservadora. Mernissi ha contribuido a poner a las mujeres del Islam como parte de un discurso moderno sobre el amor, la sexualidad y las técnicas de seducción. Sobre sus estudios en la materia véase especialmente Mernissi, F., *El amor en el Islam. A través del espejo de los textos antiguos*, Traducción de Nuria Petit Fonserè, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2008.

³⁶ Por supuesto que no se agota en ellos la lista de autores que desde mundos fuera del derecho pero limítrofes a él plantean interesantes y útiles reflexiones que ayudan a la comprensión de la sexualidad. Entre los principales que se encuentran mencionados en una lectura interdisciplinar sobre sexualidad se encuentran: la psicoanalista y socióloga estadounidense Nancy Chodorow (quien ha trabajado el feminismo desde la maternidad y el “complejo de Edipo” de Freud); la sexóloga alemana-estadounidense Shere Hite (famosa por sus informes sobre la sexualidad, tanto femenina como masculina destinado a comprender cómo los individuos viven sus experiencias sexuales y el significado que les atribuyen); la antropóloga cultural estadounidense Margaret Mead (quien siendo declaradamente bisexual, según algunos estudiosos de su obra, trabajó sobre la sexualidad en diferentes culturas); el médico estadounidense Simon Le Vay (neurocirujano reconocidamente homosexual que realizó estudios sobre las relaciones entre el cerebro y las diversas orientaciones sexuales); la historiadora estadounidense Joan Scott (reconocida por su construcción de la idea de género como una categoría de análisis útil a la historia); el médico siquiatra francés Jacques Lacan (que tomó muchas de las ideas freudianas para darle una nueva lectura manteniendo la misma crítica por parte de las feministas en orden a teorizar a partir de una condición dada de la mujer); la filósofa de los Estados Unidos Martha Nussbaum (que se acerca al tema de los derechos de las mujeres desde el desarrollo de la idea de “capacidades” que comparte con Amartya Sen); la cientista política estadounidense Iris Marion Young (quien aporta una visión feminista a las teorías políticas); el sociólogo inglés Ken Plummer (quien postula que cada cultura establece entonces las “restricciones de quién”, que tienen que ver con las parejas, su género, especie, edad, parentesco, raza, casta o clase, y limitan a quién podemos aceptar como pareja; y las “restricciones de cómo”, que tienen que ver con los órganos que usamos, los orificios que se pueden penetrar, el modo de relación sexual y de coito: qué podemos tocar, cuándo podemos tocar, con qué frecuencia, etc. y que ha desarrollado también el concepto de “ciudadanía íntima”, el cual supone considerar las nuevas prácticas vinculadas a la intimidad y los debates que ellas generan: tales como las nuevas formas de familia, las posibilidades abiertas a nuevas tecnologías para la reproducción y la transformación de los cuerpos, o la variedad de las sexualidades no procreativas). En el ámbito hispano se consideran aportes relevantes los trabajos de las filósofas feministas españolas Amelia Valcárcel y Celia Amorós; y de la costarricense Alda Facio, que frecuentemente son mencionados por sus particulares entendimientos del feminismo y otras construcciones.

Ahora bien, el interés por la sexualidad y todo lo que ella puede suponer, desde la primaria clasificación entre *hombres* y *mujeres* hasta las construcciones identitarias de *género* y hasta los entendimientos sobre si la condición de *homosexual* es natural o adquirida, pasando por las construcciones teóricas que sobre ella se formulen, se han dejado sentir un muchas disciplinas, probando de este modo la relevancia del discurso sobre la sexualidad, sea de manera provocada o simplemente usada a modo inconsciente en un sentido o en otro.

Haré un breve repaso en algunas disciplinas cercanas al derecho para dar cuenta de ello, centrando este en las históricas biparticiones *hombres/mujeres*, *masculino/femenino*.

En primer término graficaré esto con la economía, ciencia que no ha quedado al margen de incluir una cuota de *sexualidad* en sus discursos a través de los tiempos. En estudios modernos de ella, Alonso recuerda sobre la importancia de la perspectiva de género en la contabilidad nacional, olvidada por muchos. “Para muchos autores existe una contradicción fundamental en la contabilidad nacional; no se incluye el trabajo realizado en el hogar (principalmente por mujeres), pese a su indiscutible aportación el bienestar agregado, y, sin embargo, sí se incluye la producción bélica o las actividades que dañan el medio ambiente, cuyo impacto sobre el bienestar es más dudoso. Estos problemas cobran aún más vigencia en muchos países en vías de desarrollo en los que el trabajo femenino es vital para la supervivencia de la familia. Por ejemplo, una niña de las tierras bajas de Zimbabwe puede dedicar cerca de 100 horas a la semana a la recogida de agua, al cuidado de sus hermanos, o a la búsqueda de comida, etc. Pero estas tareas no figuran en los datos de la contabilidad nacional. Una estimación realizada por el PNUD de la contribución al trabajo no contabilizado de las mujeres en la economía mundial para el año 1993 lo estimó en 11 billones de dólares; teniendo en cuenta que el PIB mundial era de unos 23 billones de dólares en aquel año, significa que el valor reconocido de la producción total podría crecer en un 50% si se incluyese el trabajo femenino no remunerado. No cabe duda que la falta de reconocimiento estadístico de la labor de las mujeres en los hogares comporta una desconsideración de su contribución efectiva al bienestar y a la generación de valor de la sociedad. Lo cual es una forma más de potenciar la discriminación de género”³⁷.

Si bien se trata de un enfoque reduccionista que hace sinónimos los enfoques de género con las cuestiones referidas a las mujeres, el fondo del tema lleva buena parte de razón y da cuenta de la necesidad de considerar el *sexo* también en un tema aparentemente “neutro” como sería la economía.

Por otra parte pero siempre en este ámbito, desde un punto de vista económico-demográfico, se aprecia también la incidencia de la *sexualidad* que condiciona muchos discursos sociales e influye, consiguientemente, en las decisiones y políticas. Ejemplo concreto de ello es la alta proporción de varones frente a las mujeres en algunos países, lo que se explica por fenómenos

³⁷ Alonso, J.A. y Mold, A., “Medición de la actividad económica”, en Alonso, J.A. (Director), *Lecciones sobre economía mundial. Introducción al desarrollo y a las relaciones económicas internacionales*, Editorial Thomson Civitas, 3ª edición, Navarra, 2007, p.25.

culturales relacionados con discriminación hacia ellas que hace que se promuevan abortos de fetos femeninos, por el llamado “costo de oportunidad de criar hijos” que supone el entendimiento de que la mujer no “trabaja” sino que sólo cría.

En otras esferas, concretamente la política, el tema de las diferencias por *sexualidad* se ha dejado sentir como condicionante, sea de manera consciente o sea de manera inconsciente especialmente a partir de las últimas décadas, encontrando ejemplos que permiten demostrar que la distinción entre ambos *sexos* y sus roles es un tema recurrido - aunque se busque disimular - y se aplica, sea para bien o para mal según el prisma con que se haga la calificación, en un discurso sobre instituciones como el poder o el estado, que deberían estar por sobre dicha bipartita clasificación que usa frecuentemente la masculinización como sinónimo de poder.

Así por ejemplo, en el ámbito de la teoría política el estadounidense Robert Kagan al hacer su análisis político sobre la relaciones entre Estados Unidos de América y Europa a partir del 11 de septiembre de 2001, parece realizar una metáfora entre ambos actores internacionales usando la “clásica” construcción social que presenta a la mujer como el sexo “débil”. En efecto, en su obra de referencia señala - aparentemente para “denostar” a la Unión Europea - que esta es Venus, en lo que podría ver como una clara alusión a su asimilación con una mujer y, en su opinión entonces, a la debilidad. Estados Unidos en tanto sería Marte, es decir, representa al hombre, esto es, al fuerte. Incluso más, la portada de su obra se ha ilustrado en la traducción al español con un guante de box con la bandera de los Estados Unidos de América y con un guante de cocina para reflejar a la Unión Europea³⁸. Permite pensar que usa entonces categorías de la sexualidad *masculinofemenino* para referirse a cuestiones que, en estricto rigor, han de ser neutras como lo son los estados y sus asuntos.

Esto en si no es malo, pero refleja la *masculinización* de la política mundial, es decir, la connotación “sexual” que siempre ha tenido una ciencia que debería en rigor no quedar sometida a ese juego. Esto sin entrar siquiera a la casi total omisión de las mujeres en la historia de las relaciones internacionales que no es más que la historia de la política internacional. Las grandes hazañas son contadas por y para hombres *masculinos* olvidando o minusvalorando en extremo el rol de mujeres tan decisivas para el curso de la historia como las romanas Mesalina, Agripina y Popea, la Reina Isabel La Católica, Catalina la Grande, Juana de Arco, Indira Ghandi, Eva Duarte de Perón, o si se quiere hasta Teresa de Calcuta, sólo por citar algunos nombres parte de la historia de la humanidad, sea para bien o sea para mal, y sean o no buenos ejemplos a intentar imitar³⁹ y para no entrar si quiera a la omisión casi absoluta de algunos homosexuales con roles decisivos en la historia de la humanidad.

Así las cosas y con estos breves ejemplos que he tomado de la economía y la política en cuanto disciplinas científicas, me parece que es posible comprobar fácilmente como la *sexualidad*

³⁸ Kagan, R., *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Editorial Taurus, Madrid, 2003.

³⁹ Una interesante reseña por la vida de mujeres destacadas en los mundos del amor, la política y la espiritualidad a lo largo de la historia se encuentra en Vidal, G., *El otro lado del espejo. Mujeres en un mundo de hombres*, Taurus, 1ª Edición, Santiago, 2006.

atraviesa por todos los lenguajes científicos y se nutre o no de aquellas construcciones que otras ciencias han ido elaborando.

Por cierto, el lenguaje jurídico no queda al margen de esto.

Desde una primera concepción de derechos humanos sinónimos de derechos para los hombres, varios siglos atrás, se ha transitado por caminos que llevan a asumir las diferencias entre mujeres y hombres en un primer marco de igualdad de derechos más allá de esas básicas diferencias.

El nacimiento del Derecho Internacional de los Derechos Humanos hacia el año 1945 y como consecuencia de la segunda guerra mundial y todas sus atrocidades logra que de manera ya estable, los aspectos sobre la sexualidad humana fueran ganando un espacio. Desde el reconocimiento de la igualdad entre ambos sexos se llega hoy a algunos intentos de construcciones jurídicas para reconocer y lograr el respeto hacia todas las formas de *orientación sexual* y a las diversas *identidades de género*.

En efecto, dentro del Derecho Internacional se viene abriendo paso lento aunque desde hace años, la incorporación del criterio de la *orientación sexual* en el marco de la no discriminación como veré en la parte pertinente⁴⁰ o también de quienes manifiestan una diversa *identidad de género*, sin embargo, no hay un tratado que se refiera a la *sexualidad* o esfuerzos institucionales para tratarla de modo holístico ni catálogos de derechos sexuales y/o reproductivos que tengan fuerza vinculante, con lo cual muchos aspectos carecen de marcos específicos de regulación, si bien se ha transitado desde un modelo que los trataba en función de su relación con el desarrollo demográfico y las consecuencias de ello en la estabilidad política mundial (enfoque seguido en la *Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán*, en 1968), hasta un modelo que se centra en la idea de que de la *sexualidad* emanan derechos (enfoque seguido en la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo*, de 1994⁴¹, y en la *IV Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing*, en 1995).

Tampoco hay grandes logros del derecho frente a muchos otros temas en que la sexualidad y cómo se vive amerita unos parámetros normativos al menos en el nivel más básico. Pienso en

⁴⁰ A propósito de la comunicación individual de *Nicolás Toonen contra Australia* (488/1992 Doc. CCPR/C/50/D/488/1992), el Comité de Derechos Humanos declaró en 1994 que las leyes nacionales que penalizan el sexo consensuado entre varones adultos, violan el derecho a la privacidad y el principio de la libre determinación, agregando que la referencia a la expresión *sexo* que se contiene en las cláusulas de no discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1. y 26) debe entenderse como comprensiva de la *orientación sexual*. Si bien no me parece correcto desde todos puntos de vista asimilar las expresiones *sexo* y *orientación sexual*, no es posible negar la trascendencia que tal asimilación provoca en el marco de los remedios jurídicos contra la no discriminación frente a los vacíos de los tratados internacionales en cuanto a la *orientación sexual* como criterio de discriminación expresamente protegido. Sobre esta cuestión volveré en detalle en el Capítulo 4.

⁴¹ “...los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye el derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En el ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia”. Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, Párrafo 7.3, Capítulo VII. Doc. A/CONF.171/13.

prácticas odiosas como la trata de seres humanos, que hoy se llama “trata de personas y explotación de la prostitución de otros” y antes se llamaba “trata de blancas”, “trata de mujeres” o “trata de niños” y nuevos temas vinculados a ella como la prostitución masculina homosexual o la explotación sexual de menores, que unidos a los avances en tecnología como es internet suman una nueva fuente de desarrollo para conductas que requieren un marco de regulación, siendo éste un ejemplo de los tantos aspectos de la sexualidad pendientes de regulación eficaz por el Derecho Internacional.

No obstante lo interesante de esta constatación, no debe perderse el hilo conductor de este apartado que supone mostrar que todas las manifestaciones o reflexiones humanas, sean literarias, artísticas o culturales en amplio sentido, hasta las de carácter científico, sean médicas, filosóficas, religiosas, éticas, políticas, económicas o jurídicas, de una u otra manera han tenido en el medio una idea básica en sus reflexiones, entendida o utilizada desde diversas ópticas por cierto y con mayor o menor intensidad según de donde provenga el discurso: la sexualidad humana y cómo se debe (o se puede) vivir, y cómo debe (o puede) incidir en la vida social.

La última frase ya lleva un juicio que expreso ahora: la mayoría de los discursos tienen un carácter prescriptivo desde sus particulares visiones remarcando la consideración además como “hecho de la causa” el que, mayoritariamente, los autores que abordan estas cuestiones - desde cualquier de las manifestaciones del quehacer científico que he indicado a modo ejemplar - son hombres y éstos (al igual que las mujeres en todo caso y de forma evidente) marcan en buena medida sus discursos inspirados o decepcionados por la cultura en que viven o se desenvuelven socialmente.

Por ello es que parece útil rescatar en este primer capítulo, desde la abundante literatura multidisciplinaria sobre la sexualidad, ciertas ideas básicas sobre cómo la sexualidad es entendida en diversas manifestaciones culturales para luego ver qué conforma en realidad la *sexualidad humana*, la identidad (o las identidades) que se puede (n) construir a partir de ella, y fijar unas ideas claras sobre todas aquellas cuestiones que están tras de la sexualidad humana y que son de interés a este estudio, desde las diferencias entre *sexo* y *género*, hasta las diferentes *orientaciones sexuales*.

Ello me parece indispensable para luego llegar al discurso sobre la *identidad de género* y la *orientación sexual* en el marco jurídico de la no discriminación en el orden jurídico internacional, que es lo que me interesa aportar.

En efecto, si busco demostrar que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se mantiene aún realmente alejado de lo que son los desarrollos sociales actuales sobre lo que involucra la *sexualidad* de una persona, que es mucho más que pertenecer a uno u otro *sexo*, o reconocerse como *masculino* o *femenina*, conocer previamente de que se habla en realidad cuando se reclama respeto por las *identidades de género* o la *orientación sexual*, como parte de la formación de identidad de un individuo no puede ser menos que relevante.

Por esa razón, a todo ello iré en los apartados siguientes, mostrando antes cómo se concibe la *sexualidad* y los aspectos que de ella interesan a este trabajo por las diferentes culturas humanas.

2. PERSPECTIVAS CULTURALES. SEXUALIDAD HUMANA Y CIVILIZACIONES.

Mirando la brevísima constatación del apartado anterior, parece una consecuencia lógica el preguntarse sobre las diferencias en las formas en que cada civilización ha construido una imagen de lo que tiene que ser la *sexualidad* y cómo vivirla puesto que ello ha de pernear el discurso científico de que se trate.

Efectivamente, la constatación de la presencia de la sexualidad a lo largo de los tiempos en la vida humana no significa que la mirada sobre ésta haya sido siempre siquiera pacífica, para no decir ya consensuada entre las distintas civilizaciones y aún al interior de algunas de ellas.

Lo cierto es que la sexualidad siempre está y ha estado presente, en el marco de lo que son estas distintas manifestaciones de la sociedad y sus particulares sistemas de creencias, de vida, de valores, de normas, de estructuras y de instituciones, sea para darle un elevado lugar o sea para denostar las diversas formas de su expresión, es decir, con un distinto significado.

En efecto, la sexualidad ha tenido y tiene tribuna especial en el discurso del mundo occidental de raíz judeo-cristiano; del mundo islámico y del mundo oriental, es decir, de lo que se pueden llamar “civilizaciones occidentales”, “civilización musulmana” y “civilizaciones orientales”.

Si se atiende a la consideración de Huntington sobre la presencia de la religión como el elemento objetivo que más distingue a cada civilización, en cuanto realidad cultural y no solo política⁴², y considerando además que cada religión, en cuanto sistema de creencias y valores⁴³ supone una cierta visión de la sexualidad y cómo debe vivirse, me ha parecido que el criterio tenía que ser el impacto de las principales religiones o sistemas de creencias en el mundo para justificar entonces la tripartición que uso para efectos de esta parte de la investigación.

⁴² “De todos los elementos objetivos que definen las civilizaciones, sin embargo, el más importante suele ser la religión, como subrayaban los atenienses. En una medida muy amplia, las principales civilizaciones de la historia humana se han identificado estrechamente con las grandes religiones del mundo; y personas que comparten etnicidad y lengua pueden, como en el Líbano, la antigua Yugoslavia y el subcontinente asiático, matarse brutalmente unas a otras porque creen en dioses diferentes”. Huntington S.P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Traducción de José Pedro Tosa, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1997, p. 47.

⁴³ Tanto una definición como la fijación de los orígenes de las religiones parecen ser tareas que no es posible abordar con una única respuesta desde el punto de vista sociológico científico. Por ello es que tomaré una definición de carácter funcional y descriptivo que indica que religión es: “Un sistema de creencias y prácticas mediante las cuales un grupo de personas se relaciona con el sobrenatural”. Cordero Del Castillo, P., *Introducción a la Sociología de la Religión*, Colección “Acceso al Saber”, Serie Sociología, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2007, p.68. Desde esta concepción se reconoce que en cada religión se encuentran presente como contenidos - en mayor o menor medida - lo sagrado, las creencias (mitos y ritos), el tabú, la magia, y las instituciones. Cordero Del Castillo, P., *Introducción a la Sociología de la Religión* (cit.), pp. 71-83. De otro lado, desde una óptica jurídica tampoco se presenta como un propósito fácil el llevar adelante la tarea de definir religión. Edge, Peter W., *Religion and Law. An Introduction*, Ashgate religion, cultura & society series, Ashgate, Great Britain, 2006, p. 29.

Si bien esta trilogía puede no ser aceptada en función de rigurosos estándares provenientes desde la historia o desde las relaciones internacionales⁴⁴, por considerar que dentro de estos grupos es posible encontrar muchos subgrupos que comparten los rasgos centrales y se diferencian en rasgos perisféricos (como serían por ejemplo el caso emblemático de muchos pueblos africanos que, acercándose geográficamente y teniendo sus raíces en el mundo occidental son parte hoy de un mundo musulmán-africano o la rica variedad cultural que presenta el mundo asiático) por mi adhesión a la idea de la importancia de la religión en cada civilización y por el objetivo final de esta investigación es que he efectuado esta agrupación que conjuga los criterios históricos, geográficos, culturales y fundamentalmente religiosos, y que me parece útil a ese objetivo que refiero.

La idea ha sido entonces tomar las principales religiones y como su visión de la *sexualidad* a raíz de sus creencias, sea en la forma de mitos o de ritos, sus tabúes y sus instituciones - en tanto contenidos esenciales de una religión - han incidido en las distintas civilizaciones que al amparo de ellas se han desarrollado.

Me refiero a las tres religiones monoteístas llamadas “de libro”, como son el Judaísmo, el Cristianismo y el Islamismo; y a otros dos sistemas de creencias y valores de similar influencia en la vida humana, como son el Hinduismo y el Budismo que además comparten entre sí el carácter de ser creencias politeístas⁴⁵. La elección obedece ni siquiera tanto al número de individuos que se declaran profesar una u otra, como a la incidencia que han tenido en la formación y el desarrollo de las civilizaciones más representativas de la vida e historia de la humanidad y la permanencia sostenida de ellas en la historia y al hecho de que de una manera u otra, la religión estará presente cada vez que se entre a discutir cómo enfrentar temas referidos a la sexualidad en clave de derechos⁴⁶ y cada persona construya su propia “ética” de lo que es bueno o malo en el orden de la sexualidad⁴⁷ en el pleno, aunque a veces inconsciente, ejercicio del derecho esencial de libertad religiosa y de pensamiento.

⁴⁴ El propio Huntington, discutido en todo caso como es sabido por muchos otros pensadores contemporáneos, señala que serían ocho las principales civilizaciones: la china; la japonesa; la hindú; la islámica (reconociendo dentro de lo islámico ciertas subcivilizaciones: la árabe, la turca, la persa y la malaya); la ortodoxa; la occidental (diciendo que normalmente se indica de este grupo que incluye a Europa, Norteamérica y Latinoamérica, pero esta última el autor la separa, agregando en tanto aquí a Australia y Nueva Zelanda y criticando el uso de la expresión “occidente” para designar a esta civilización aunque asumiendo que será el nombre que él mismo ocupa); la latinoamericana y la africana (con la importante referencia a Etiopía por sus propias particularidades), dejando fuera de su clasificación a las culturas budistas y al judaísmo. Huntington S.P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial* (cit.).

⁴⁵ No se analizarán entonces en este trabajo otros sistemas valóricos considerados algunos incluso como religiones y sus perspectivas para abordar el tema de la sexualidad por exceder con mucho el objeto de estudio y por la opción seguida de analizar sólo aquellos que más influencia han tenido en el desarrollo de la humanidad. En todo caso, la perspectiva de poder clasificar con precisión científica las religiones es una tarea difícil de asumir anunciada como tal incluso por los propios investigadores de las religiones, tanto como lo es intentar dar una única definición de qué es una religión. Cordero Del Castillo, P., *Introducción a la Sociología de la Religión* (cit.), pp.85-86.

⁴⁶ Aclaro que no haré referencias a todos los contenidos de cada religión y su posible influencia en una civilización determinada sino sólo a aquellos que dicen relación con la concepción que se tiene de la sexualidad en cada una de ellas, especialmente en lo referido a las diferencias entre los sexos y géneros y la consideración de la homosexualidad.

⁴⁷ Por supuesto que acepto que es posible construir una “ética sexual” obviando toda consideración a elementos religiosos. Sin embargo, por ser este un terreno especialmente apto para dar cabida a múltiples corrientes de pensamiento que niegan el origen divino a la moral destacando por sobre todo la experiencia y la razón humana, no entraré en ello pues me interesa la influencia de las religiones no sólo en lo individual sino en su proyección sobre los estados y los sistemas normativos, especialmente el internacional.

2.1. Sexualidad Humana en las Civilizaciones Occidentales.

Hablar de una *cultura occidental* o de un *mundo occidental* es un tema muy frecuente en estos tiempos. Sin embargo, con rigurosidad científica debe reconocerse que los límites precisos de este mundo no son claros. Pese a ello me afirmo en el consenso en que se trata de aquellas culturas que tienen una base valórica fuertemente marcada por la presencia del judaísmo y del cristianismo luego, proyectado éste fuertemente en el impacto mundial que ha tenido y tiene la presencia de la Iglesia Católica Romana en toda la orbe⁴⁸.

En el ámbito de las que se conocen en general desde antiguo como las culturas occidentales, por supuesto que la primera referencia tiene que ser a las griega y romana que, partiendo desde su mitología, nos han dejado hasta hoy abundantes referencias a la sexualidad y su comprensión y valor.

Desde el *Eros* y la *Afrodita* de los griegos hasta el *Cupido* y la *Venus* de los romanos. Cuatro inmortales que sin duda han mantenido su lugar sin perder importancia hasta hoy, especialmente los dos primeros. *Eros* es considerado aún hasta estos días de pleno siglo XXI como el dios primordial responsable de la atracción sexual, el amor y el sexo, y es también venerado como dios de la fertilidad, manifestación de la sexualidad del todo relevante. De él por cierto viene la expresión *erotismo* a la que más de alguna vez se hace referencia en esta investigación. *Cupido* en tanto, surgido del mundo romano, representa también hasta hoy al dios del amor; para algunos es el equivalente al griego *Eros* y significa en latín “deseo”. A él se le adjudica el nacimiento del amor y la pasión entre los “mortales”. De ahí que en el lenguaje universal del amor y el sexo, de modo coloquial se diga que alguien obra de *Cupido* cuando intenta unir afectivamente a dos personas.

Por cierto, más allá de la mitología, ambas culturas, la griega clásica y la romana clásica, han sido famosas por la presencia de la sexualidad en sus estilos de vida y en el marco ya de la época antigua es posible entonces ver que ésta era centro de atracción desde muchas ópticas, tanto en el saber popular y en las reglas sociales y jurídicas, como desde visiones filosóficas o médicas.

En lo estrictamente social, desde la homosexualidad entre hombres adultos con jóvenes, entendida como una práctica aceptada para las clases sociales privilegiadas en la Grecia del 400 al 300 antes de Cristo, como el amor del bravío Aquiles por su amigo Patroclo o del ambicioso Alejandro Magno por Hefestión, hasta las conocidas historias de amor homosexual que se cuentan en la literatura respecto de algunos emperadores romanos, como el famoso Adriano, supuestamente muy enamorado de Antinoo, un bello efebo, hacia el siglo I después de Cristo, pasando por los

⁴⁸ Como antes se indicó, el propio Huntington al reconocer como una de las principales a la que llama “civilización occidental” indica que normalmente se incluye en este grupo a Europa, Norteamérica y Latinoamérica, pero que considera que esta última es otra civilización con sus especiales características, incluyendo sí como “occidental” a Australia y Nueva Zelanda. Evidentemente con la consideración de lo religioso como factor decisivo e influyente en la configuración de las civilizaciones, no puedo menos que disentir del autor y estimar que Latinoamérica - o buena parte de ella al menos - si sería parte de lo que yo llamo acá “civilización occidental”.

avances en medicina estudiando el esperma y discutiendo hasta sobre la existencia de un posible esperma femenino.

En esa óptica, también se debatía sobre el papel de la mujer en la relación sexual y en la procreación, rol que para los clásicos del pensamiento griego es uno pasivo; se la trata como uno de los “compañeros-objeto” sobre quienes y con quienes se ejerce la sexualidad, del mismo modo en que se mira a los esclavos y a los jóvenes muchachos que están llamados a dar placer a los hombres, quienes en esta sociedad antigua son los que construyen la moral de lo sexual: por ellos y para ellos. Foucault recuerda lo que dice Aristóteles en *La Generación de los Animales*: “la hembra en tanto hembra es un elemento pasivo y el macho en tanto macho es un elemento activo”⁴⁹.

En el plano ahora de las instituciones jurídicas la sexualidad ha estado presente asimismo desde antiguo.

En el matrimonio de los griegos ya Aristóteles daba cuenta de que se construye sobre una relación inigualitaria entre hombre y mujer. Cuando analiza la naturaleza política del lazo conyugal, es decir, el tipo de autoridad que se ejerce en esta institución, da cuenta de esta diferencia pues es función del hombre gobernar a la mujer, siendo la situación inversa contra la naturaleza cuando ello llega a ocurrir⁵⁰.

Por el otro lado, difícil es entender por ejemplo el derecho romano, del cual derivan gran parte de las construcciones jurídicas contemporáneas en nuestro mundo, sin atender a las diferencias que se hacían entre hombres y mujeres, justamente nada más que por su sexo. Ejemplo claro de ellos es la institución de la *manus*, entendida en términos simples como el poder que detentaba sólo el padre (el *pater familia*) sobre los esclavos, los hijos y sobre su mujer quien pasaba a una condición de subordinación asignada sólo por ser tal.

Con el nacimiento de Cristo nace una nueva era que, recogiendo las influencias del judaísmo antiguo, viene a marcar el inicio de la expansión de un nuevo sistema de valores y creencias que marcará a buena parte del mundo hasta hoy y donde la presencia de lo sexual y una determinada comprensión de ello será un eje de muchas de las nuevas instituciones.

La muerte del hijo de Dios dio paso a la formación de la Iglesia Católica, que si bien hoy admite varias “divisiones” en general mantiene, desde la influencia de lo cristiano romano, una posición bastante clara sobre algunas cuestiones vinculadas a la sexualidad que han marcado y condicionan en muchos casos la visión que se tiene en el mundo llamado occidental, especialmente en aquellos países en que la presencia de la Iglesia Católica es notoriamente fuerte en cuanto actor social.

Así las cosas, es sólo el matrimonio entre un hombre y una mujer el que legitima las relaciones sexuales y el placer que de ellas derivan como luego indicaré.

⁴⁹ Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. 2. El Uso de los Placeres*, Traducción de Soler Martí, 2ª Edición argentina, revisada, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2008, p. 51.

⁵⁰ Aristóteles, *Política*, I, 12, 1259b y *Ética nicomaquea*, VIII, 10, 5, 1161a, en que evoca la autoridad de las mujeres epícleras. Citado por Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. 2. El Uso de los Placeres (cit.)*, p. 51.

Ahora bien, aún cuando es cierto que el impacto real de la Iglesia Católica es enorme hasta hoy, lo cierto es que no debe perderse de vista que las bases del cristianismo del cual ella surge están en el sistema judío de creencias.

Ese mundo hoy llamado judío y que tuvo sus orígenes en la historia del pueblo hebreo - pueblo que esperaba ansioso la llegada del Mesías según la tradición indica - tiene un tronco común con el cristianismo constituido por la creencia en un único Dios y en las sagradas escrituras.

Para la religión judía las enseñanzas de Dios están en el Antiguo Testamento (especialmente en el Torah o Pentateuco) y creen en un único y eterno Dios creador y cuidador, que está con el pueblo judío y con quien tienen un pacto especial de fidelidad por el cual los acompaña siempre y en virtud del cual toda persona es sagrada, tiene dignidad y disfruta de los bienes de este mundo si ello está puesto en beneficio de la humanidad y al servicio de Dios. Este sistema de creencias y la esperanza en la llegada del Mesías fueron las bases sobre las que se construyó el cristianismo para el cual Jesús es Dios y la Biblia el libro sagrado que contiene la base de su doctrina.

En sus orígenes el cristianismo vino a ser un movimiento judío reformador. Sería la muerte de Cristo y la labor de sus discípulos lo que daría nacimiento a una fe diferente y en que la pertenencia no se logra con el nacimiento en una cierta comunidad (la judía) sino sólo con pasar por un rito de acogida como es el bautismo y abrazar así la doctrina de amor universal que predica el cristianismo.

Si bien con el tiempo ambas confesiones - judía y cristiana - han sido objeto de múltiples escisiones que no corresponde detallar acá, lo cierto es que en la esencia de ambas religiones hay un sustrato que se repite casi sin modificaciones sobre la forma en que se asigna valor a las conductas de contenido sexual y al rol de ambos sexos.

En esta línea, lo medular a indicar en relación a la visión del judaísmo sobre la sexualidad es que se concibe - en un pensamiento judío clásico - que las relaciones sexuales heterosexuales deben ser dentro del matrimonio y que deben respetarse ciertas costumbres una de las principales es la llamada *niddah*, que consiste en evitar las relaciones sexuales durante el período de menstruación de la mujer hasta cuando la mujer no haya realizado el *mikvah* o limpieza del cuerpo.

En consecuencia con esa idea de base, las prácticas homosexuales entre varones o entre mujeres y el adulterio son condenadas por el judaísmo en general, así como los contactos o las miradas entre hombres y mujeres que no están unidos por matrimonio.

En el cristianismo, la base de toda la sexualidad y las prescripciones de conducta sexual se fundamentan en la premisa de que la sexualidad fue creada por Dios a fin de que las relaciones sexuales sean conducentes a la procreación y, por tanto, se entiende que ellas son legítimas si se realizan entre un hombre y una mujer y dentro de la sagrada institución que es el matrimonio que simboliza la unión más pura entre seres humanos.

Temas en que la doctrina cristiana católica mantiene una posición bastante estricta son lo que toca a las prácticas sexuales fuera del matrimonio y la naturaleza de éste, la homosexualidad y

otros asuntos propios de la sexualidad humana de complejo análisis, como la anticoncepción o el aborto por ejemplo.

Para la doctrina cristiana católica el matrimonio es la unión permanente entre un hombre y una mujer con el fin de procrear y en esa lógica es que los contrayentes deben saber esto para que se considere un verdadero consentimiento matrimonial⁵¹.

En el Génesis ya viene una referencia a esta unión entre ambos: *“Al verla, el hombre dijo: ‘¡Esta sí que es carne de mi carne y hueso de mis huesos. Se va a llamar ‘mujer’, porque Dios la sacó del hombre. Por eso el hombre deja a su padre y a su madre para unirse a su esposa, y los dos llegan a ser como una sola persona’”*⁵² cuyo carácter indisoluble se refuerza en el Nuevo Testamento: *“Dijo Jesús: Al principio de la creación Dios los creó hombre y mujer. Por eso dejará el hombre a su padre y a su madre, se unirá a su mujer y serán los dos como uno solo. De modo que ya no son dos, sino como uno solo. Lo que Dios ha unido no lo separe el hombre”*⁵³.

Asimismo, la concepción del cuerpo y los deberes sexuales ineludibles que impone el matrimonio encuentran también su fuente en la Biblia. *“Tanto el esposo como la esposa deben cumplir con los deberes propios del matrimonio. Ni la esposa es dueña de su propio cuerpo, puesto que pertenece a su esposo. Ni el esposo es dueño de su propio cuerpo, puesto que pertenece a su esposa. Por lo tanto, no se nieguen el uno al otro”*⁵⁴ lo que supone la inmediata condena ante la infidelidad que se entiende en algunos pasajes como provocada por la mujer: *“No permitas que su belleza encienda tu pasión; ¡no te dejes atrapar por sus miradas! La prostituta va tras un bocado de pan, pero la adúltera va tras el hombre que vale”*⁵⁵, *“El que se enreda con la mujer ajena, no quedará sin castigo”*⁵⁶, *“¡Que imprudente es el que anda con la mujer ajena! ¡El que lo hace se destruye a sí mismo!”*⁵⁷. El adulterio entonces es considerado una infracción a los mandamientos esenciales de la religión católica⁵⁸.

Consecuente con las prescripciones del libro que trata las relaciones de Dios con el hombre, a través de las cartas en que dan a conocer su autoridad como enviados de Cristo los Santos Pontífices han exaltado y reforzado la visión que tienen de la mujer, de la sexualidad, del matrimonio y de la familia a partir de la lectura de los textos bíblicos.

Una de las principales en este sentido ha sido la exhortación apostólica *Familiaris Consortio*, de 1981, en que Juan Pablo II dedica su reflexión a los derechos y obligaciones en el

⁵¹ El Código Canónico define el matrimonio como un sacramento y ese es el valor que debe tener para quienes forman parte del mundo cristiano católico. Dice el artículo 1055.1: *“La alianza matrimonial, por la que el varón y la mujer constituyen entre sí un consorcio de toda la vida, ordenado por su misma índole natural al bien de los cónyuges y a la generación y educación de la prole, fue elevada por Cristo Señor a la dignidad de sacramento entre bautizados”* y más adelante agrega en el artículo 1096.1 a propósito de la regulación del consentimiento matrimonial que *“Para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer, ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual”*.

⁵² Antiguo Testamento, Libro del Génesis, 2, 23-24.

⁵³ Nuevo Testamento, Evangelio de San Marcos, 10, 6-9. En el mismo sentido Evangelio de San Mateo, 19, 4-6.

⁵⁴ Nuevo Testamento, I Corintios, 7, 3-5.

⁵⁵ Antiguo Testamento, Proverbios, 6, 25-26.

⁵⁶ Antiguo Testamento, Proverbios, 6, 29.

⁵⁷ Antiguo Testamento, Proverbios, 6, 32.

⁵⁸ Nuevo Testamento, Evangelio de San Mateo, 19, 18.

marco de la misión que se atribuye a la familia cristiana en el mundo actual. Analizando lo que es el designio de Dios sobre la familia y el matrimonio, refuerza la idea de que el único lugar en que es posible la sexualidad es dentro del matrimonio, es decir, *“el pacto de amor conyugal o elección consciente y libre, con la que el hombre y la mujer aceptan la comunidad íntima de vida y amor, querida por Dios mismo...”*⁵⁹ y además remarca la indisolubilidad del matrimonio.

En lo que se refiere a la homosexualidad, desde un punto de vista religioso, específicamente cristiano católico-romano, cristiano ortodoxo y judío⁶⁰, se la considera un pecado tomando por fuente principal el pasaje bíblico del Levítico 20, 13 que señala que *“Si uno se acuesta con otro como se hace con mujer, ambos hacen cosa abominable y serán castigados con la muerte; caiga sobre ellos su sangre”*. Sin embargo, hay que tener presente que el Levítico también contiene otras importantes prohibiciones como sembrar dos clases de semillas en el mismo campo, cortarse el pelo en redondo, cortarse la barba o hacerse tatuajes; y nadie hasta la fecha condena de manera tan brutal la práctica masiva de tatuar la piel o cortarse el pelo según se desee.

Otros también han querido ver, desde la óptica religiosa, la condena que habría en el libro del Génesis, capítulos 18 y 19, en el conocido episodio de la caída y destrucción de Sodoma y Gomorra. Sin embargo como se puede constatar al leer tales pasajes, la homosexualidad no se menciona, con lo cual lo que sí habría sido causa de esta destrucción tan emblemática para el mundo seguidor del Antiguo Testamento, es la soberbia, la idolatría y la falta de caridad y piedad de tales pueblos.

Ya en el Nuevo Testamento habrían referencias condenatorias a la actividad sexual entre varones: *“No sabéis que los injustos no heredarán el reino de Dios? No erréis, ni los fornicarios, ni los idólatras, ni los adúlteros, ni los afeminados, ni los que se echan con varones, ni los ladrones, ni los avaros, ni los borrachos, ni los maldicientes, ni los estafadores, heredarán el reino de Dios”*⁶¹. Sin duda esto es una traducción que ha llegado más o menos consensualmente hasta estos días. Habría que ver si las expresiones originales escritas hace más de dos mil años querían referir a lo que hoy se entiende por *homosexualidad*.

Hay que decir en todo caso que la existencia de la homosexualidad es algo reconocido y asumido en estos tiempos por la Iglesia.

Prueba de ello es que en dos documentos de la Congregación para la Doctrina de la Fe, la Declaración *Persona Humana. Acerca de ciertas cuestiones de ética sexual*, de 1975 y la *Carta a los Obispos*, de 1986, y en el Catecismo de la misma se establece el respeto y acogida a las personas homosexuales, aunque haciendo la distinción entre la tendencia sexual del individuo y su actividad

⁵⁹ Exhortación Apostólica *Familiares Consortio*, de su Santidad Juan Pablo II al Episcopado, al Clero y a los Fieles de toda la Iglesia sobre la Misión de la Familia Cristiana en el mundo actual, párrafo 11. Disponible en: http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiares-consortio_sp.html (último acceso: 10 de octubre de 2009)

⁶⁰ Dentro de amplia variedad de cultos dentro del Cristianismo, sin duda la condena fuerte proviene de la Iglesia Católica Romana y de la Iglesia Ortodoxa, pero también se condena por ejemplo en la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, mientras que en la Iglesia Anglicana se debate abiertamente.

⁶¹ Nuevo Testamento, I Corintios, 6, 9-10.

sexual homosexual, la que es objeto de un juicio negativo por estimársele contraria a la “ley natural”, es decir, reafirmando la creencia de que quien se comporta de manera homosexual obra inmoralmemente, criterio que se mantiene vigente para la pastoral cristiano-católica hasta estos inicios del siglo XXI⁶².

Ahora bien, considerando las bases anteriores que dan cuenta de la imagen que se tiene del matrimonio y la homosexualidad no puede omitirse una referencia a las prescripciones católicas sobre algunos otros temas derivados de la sexualidad humana, por ser sin duda la de mayor influencia en el mundo occidental.

La visión católica de afirmar la santidad de la vida humana, desde la concepción hasta la muerte natural, en torno a la idea de que cada ser humano es creado a imagen y semejanza de Dios, lleva a la convicción católica de que no deben preferirse otros valores por sobre la vida, tales como los valores económicos o las preferencias personales (como sería estimada una *identidad de género* diversa a la *masculina* o a la *femenina*).

Por esta creencia es que la Iglesia Católica se opone al aborto, a la eutanasia y a la eugenesia, en el entendido que todas ellas atentan contra el valor sagrado que tiene la vida humana que es un derecho de cada ser humano que ha de ser respetado y reconocido pues en ese reconocimiento se fundamenta la convivencia humana.

Mención especial en esa línea para la Encíclica *Evangelium Vitae* de Juan Pablo II, del año 1995, en que remarca el carácter sagrado de la vida porque comporta desde su inicio la acción creadora de Dios, confirmando que nadie, en ninguna circunstancia, puede atribuirse el derecho de matar de modo directo a un ser inocente, lo cual por cierto es el reflejo de aquel mandamiento del mundo cristiano que indica de forma imperativa “*no matarás...*”⁶³.

Por cierto que este comportamiento vinculado a la sexualidad, el aborto, es uno de los temas que más cuestionamientos acarrea y claramente debe ser rechazado por alguien que se apegue en forma estricta a la escala de valores y preceptos de conducta que propugna la Iglesia Católica.

Como se puede observar entonces, la posición de la doctrina católica en materia de sexualidad deja poco espacio para vivir una sexualidad plena y manifestarla en las diversas formas en que puede ser, especialmente en lo que toca a las expresiones de sexualidad y el matrimonio, y en lo que toca a todas aquellas atracciones que se pueden sentir por alguien del mismo sexo.

⁶² “El presidente del Pontificio Consejo para la Familia, el cardenal Antonelli, señaló ayer que la homosexualidad es ‘éticamente inaceptable’ durante la sesión de apertura del Sínodo de los Obispos para África que se está celebrando en el Vaticano. ‘Bajo la excusa de una justa igualdad de dignidad y de derechos se quiere dar como irrelevante las diferencias naturales entre hombres y mujeres como si fueran indiferenciados, y por lo tanto, equivalentes a todas las orientaciones y comportamientos sexuales, con implicaciones éticamente inaceptables’, afirmó el religioso, según recoge Radio Vaticano....Refiriéndose específicamente a África, Antonelli agregó que la teoría de género, a la que se refirió como ‘residuo tóxico’, se está infiltrando en la sociedad de ese continente. En sentido similar se expresó el arzobispo de Johannesburgo y presidente de la Conferencia Episcopal Sudafricana, monseñor Joseph Tlhagale, quien denunció que los valores del Evangelio están amenazados por una ética que ‘trata de persuadir a los africanos de aceptar conceptos nuevos y diferentes de la familia, del matrimonio y de la sexualidad humana’. ‘Las culturas de África están sometidas a una fuerte presión del liberalismo, la secularización y los grupos de presión que campean en las Naciones Unidas’, agregó el prelado sudafricano”. Disponible en: http://noticias.universogay.com/el-vaticano-otra-vez-la-homosexualidad-es-eticamente-inaceptable_09102009.html (último acceso: 10 de octubre de 2009)

⁶³ Nuevo Testamento, Evangelio de San Mateo, 19, 18.

En su trabajo sobre sexualidad, el francés Foucault justamente argumenta que el siglo XVII fue el inicio de una época de represión en el cual indica aún estaríamos inmersos - propia de las llamadas sociedades burguesas - y en que tendría una fuerte influencia el discurso sobre la sexualidad proveniente del derecho canónico y la pastoral cristiana.

Claramente este discurso al que refiere el francés debe entenderse que es el que llega desde los escritos de San Agustín y Santo Tomás de Aquino quienes en la edad media dieron una idea de que el sexo sólo era útil a efectos de la procreación y que la Iglesia lo consideraba como algo malo en sí mismo, de lo cual no se debía disfrutar⁶⁴.

Según su estudio, en el siglo XVIII comenzó la liberación y el discurso sobre sexo comenzó a integrar los distintos planos, especialmente el del poder. Para ese tiempo había tres códigos explícitos que regulaban las prácticas sexuales: el derecho canónico, la pastoral cristiana y la ley civil; cada una a su estilo fijaba la barrera de lo lícito y lo ilícito pero todo centrado en la sexualidad dentro del matrimonio. Este tipo de relación sexual (la matrimonial) era la que más se regulaba y de la que mas se hablaba, a diferencia de otras (ejemplo: sodomía o sexualidad en los niños) en que todo estaba más confuso⁶⁵.

El análisis de Foucault resulta útil para comprender el impacto de la doctrina católica en el comportamiento sexual siendo lo cierto que, pese al proceso de secularización que se vivió desde fines del siglo XIX y fundamentalmente en el siglo XX, dicha doctrina - y en general otras religiones permanentes también - sigue teniendo un enorme impacto en la forma en que muchos viven y manifiestan su sexualidad en el mundo, llegando a condicionar incluso los discursos desde lo normativo cuando su presencia es particularmente fuerte y el juego de las relaciones entre religión y política son permanentes, más allá de declaraciones formales de separación o laicidad.

En algunas sociedades occidentales las discusiones y ciertos discursos sobre la naturaleza del matrimonio como relación contractual entre personas, sobre la homosexualidad y las reivindicaciones de derechos de quienes la practican, o sobre el aborto en caso de riesgo vital para la madre o de tratarse de un embarazo provocado a causa de una violación, resultan silenciados o al menos censurados hasta en lo social - y ni hablar en lo jurídico - por la influencia que logra la representación de la Iglesia Católica en dar a conocer la posición oficial sobre tales temas y otros que tienen que ver con derechos para las personas⁶⁶.

⁶⁴ Sobre el tema véase Shibley Hyde, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p. 516.

⁶⁵ Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. La voluntad de saber*, Traducción de Ulises Guinazú, 2ª Edición argentina, revisada, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2008, p. 39.

⁶⁶ Existe una tendencia del mundo de la religión por concordar su discurso teológico con la idea de derechos humanos como referente hoy de casi universal aceptación. Específicamente dentro del mundo del cristianismo puedo citar lo que son las declaraciones provenientes desde el mundo católico, abogando por derechos humanos interpretados en clave religiosa. Pienso por ejemplo en las doctrinas papales recogidas en numerosas encíclicas como *Populorum Progressio* (1966) y *Humane Vital* (1968) de Pablo VI, o las de Juan Pablo II, *Laborem Exercens* (1981, con ocasión del 90º. aniversario de la *Rerum Novarum* de León XIII), ambas en relación al mundo del trabajo. A ellas se pueden sumar otros documentos de valor prescriptivo para el mundo que comparte esta religión, como la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes*, emanada del Concilio Vaticano II de 1962, referida al rol que ha de tener la Iglesia en el mundo actual sobre la base de la situación del hombre en el mundo de la segunda mitad del siglo XX. En lo pertinente al tema de esta investigación este texto indica: "29 .La igualdad fundamental entre todos los hombres exige un reconocimiento cada vez mayor. Porque todos ellos, dotados de alma racional y creados a imagen de Dios, tienen la misma naturaleza y el mismo origen...toda forma de discriminación en los derechos fundamentales de la persona, ya sea social o cultural, por motivos de sexo,

Un ejemplo reciente es la fuerte campaña llevada adelante - sin éxito en el resultado final esperado - por la Iglesia Católica en España para impedir la aprobación y entrada en vigencia de la Ley que permitió el matrimonio entre personas del mismo sexo en el año 2005⁶⁷.

2.2. Sexualidad Humana en la Civilización Musulmana o Islámica⁶⁸.

Si bien se deduce de la literatura y de la propia realidad que el Islam es un sistema de vida, lo cierto es que se trata de un sistema de vida que tiene por pilar una religión.

En efecto, el Islam es la tercera religión monoteísta o “religión del libro”, junto al Judaísmo y al Cristianismo y es la continuación de la profecía monoteísta. Con más de 1.300 millones de fieles en el mundo, tiene su origen en la península arábiga hacia el año 610, época alrededor de la cual se data la primera revelación de Alá a Mahoma, al cual se apareció a través del arcángel Gabriel para revelar sus palabras divinas que, escritas originalmente en pedazos de cueros y omóplatos de camello, llegaron a constituir el Corán, principal fuente del Islam. Este verdadero libro sagrado contiene no sólo preceptos religiosos sino también reglas para la organización del estado y la vida cotidiana que sirvieron para constituir todo un modelo social, económico, jurídico y político en una parte del mundo que a la fecha de la revelación no había sido tocado por la influencia del mundo político romano. Hacia el siglo VI en la península arábiga existía un sistema tribal, básico y fragmentado entre diversas tribus y no la idea de organización que se daba en el resto del mundo conocido. Así, el Islam pasó a ser no sólo una religión sino también un modelo de gobierno central que se iría extendiendo con los siglos a otras regiones desde las dos ciudades de referencia, La Meca y Medina.

En lo meramente religioso, la fe musulmana se basa en cinco pilares que permiten llegar al Paraíso: la práctica diaria de la oración o *Salat*, repartida en distintos momentos del día según se trate de sunnitas o chiitas⁶⁹; el ayuno durante el mes de *Ramadán*⁷⁰ o *Saum*; el pago del *Zakat*, que

raza, color, condición social, lengua o religión, debe ser vencida y eliminada por ser contraria al plan divino. En verdad, es lamentable que los derechos fundamentales de la persona no estén todavía protegidos en la forma debida por todas partes. Es lo que sucede cuando se niega a la mujer el derecho de escoger libremente su esposo y de abrazar el estado de vida que prefiera o se le impide tener acceso a una educación y a una cultura iguales a las que se conceden al hombre”.

⁶⁷ Véase los siguientes artículos de prensa de la época que dan cuenta de lo señalado: “La Iglesia estima que el Rey no debe sancionar la ley del matrimonio gay”. El Mundo, 11 de mayo de 2005. Disponible en: <http://www.elmundo.es/papel/2005/05/11/espana/1797888.html> (último acceso: 4 de octubre de 2009); “La Iglesia contra el matrimonio gay porque es un desafío único en la historia de la humanidad”. El País, 16 de mayo de 2005. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Iglesia/matrimonio/gay/desafio/unico/historia/humanidad/elpporsoc/20050616elpepusoc_3/Tes (último acceso: 4 de octubre de 2009)

⁶⁸ “Islam” es una palabra árabe que significa “entregarse” o “someterse”, lo cual refleja la idea central de esta religión: la entrega del creyente al único Dios, Alá, palabra árabe que significa justamente “Dios”.

⁶⁹ La principal división entre los musulmanes viene del siglo VII en que la fe islámica vivió un cisma a propósito de la sucesión del Profeta. Tras morir Alí, el cuarto Califa y Vicario del Profeta, sus seguidores, conocidos como “la *shia* de Alí” (“la facción de Alí”) - de ahí que se les llame luego “chiitas” - se negaron a reconocer a los sucesivos califas, argumentando que los otros musulmanes - los sunnitas - lo habían asesinado. Desde ahí comenzó una persecución que se ha mantenido en general hasta nuestros días, generándose en el imaginario colectivo la idea de que los chiitas son personas mucho más violentas que los sunnitas, aunque si efectivamente son más radicales en su interpretación del Corán y amantes del martirio. El gran triunfo de los chiitas vino de la mano del Ayatollah Jomeini, en Irán, en 1978, con la llamada Revolución Islámica.

⁷⁰ El *Ramadán*, conocido como el “Mes Santo”, es el noveno mes lunar y empieza el ayuno con la aparición de la luna a finales del *Shaban*, que es el octavo mes en el calendario lunar islámico. El año musulmán se estructura a partir de un calendario lunar, por lo que el *Ramadán* y los otros meses cambian de estaciones y meses según los calendarios basados en el año solar, y empieza

es una especie de impuesto para hacer donaciones a los musulmanes más pobres y desprotegidos; la peregrinación a La Meca, *Hayy*, al menos una vez en la vida, idealmente durante el mes de *Dhu'l-hiyya*, dos meses después que *Ramadán*; y la asunción de la propagación de su credo con la *Shahada*, que supone profesar que se es musulmán, que no hay otro Dios más que Alá y que Mahoma es su mensajero o profeta. Este último precepto es la esencia del Islam y justamente el que genera más divisiones al interior del mundo islámico al enfrentarse diversas visiones sobre cómo propagar la fe y luchar por ella.

La relación entre los creyentes y Dios es directa; se trata en este sentido de una religión más simple que el cristianismo ya que no hay intermediarios: ni clero ni Iglesia. En otras palabras, no hay una jerarquía estructurada sino que los mayores líderes religiosos lo son porque son doctores en leyes coránicas: *ulemas*, *imanes*, *mullahs* y *ayatollahs*. Todos ellos son quienes tienen una reconocida versación en el Corán, siendo en el caso de los *chiies* donde se encuentra algo parecido a una estructura jerárquica siendo el de *Marya-e-taqlid-e-motlaq* (fuente de emulación) el título más alto⁷¹. No acepta los milagros ni los misterios ni la Santísima Trinidad⁷² aunque si reconoce la existencia de la Virgen María como madre de Jesús y asume también la tradición de los profetas y la figura de Jesús, al que ven como uno de ellos pero sin carácter divino.

En este mundo musulmán la sexualidad también tiene tribuna preferencial⁷³.

aproximadamente once días antes cada año. En el día 27 se celebra la primera revelación al profeta Mahoma. En el tiempo de *Ramadán* los musulmanes deben abstenerse de todo aquello que rompa la meditación, sea comida, bebida, tabaco o relaciones sexuales, desde el alba hasta la puesta de sol.

⁷¹ En la República Islámica de Irán se da la máxima expresión de esta estructura o clero. Según Zaccara, los grados religiosos en el *chiismo* se puede resumir en las siguientes categorías, ordenadas de mayor a menor según su importancia: *Marya-e-taqlid-e-motlaq* (fuente de emulación); *Ayatollah'ozma* (gran signo de Dios); *Ayatollah* (signo de Dios); *Hojjatoleslam* (prueba del Islam) y *Theqatoleslam* (prueba de Dios). En relación a la máxima estructura - los *Marya-e-taqlid-e-motlaq* - es donde se presentan discrepancias sobre cuántos son en número. Sobre esta cuestión, a diferencia del papado católico romano, pueden existir dos o tres *Marya-e-taqlid-e-motlaq* simultáneamente, ostentando la misma legitimidad religiosa. Zaccara L., *Los enigmas de Irán. Sociedad y política en la República islámica*, Buenos Aires, Colección Claves para Todos, Capital Intelectual, 2006, pp. 16-19.

⁷² La Santísima Trinidad es la esencia del pensamiento y del credo cristiano. Supone que en la unidad de Dios hay tres personas: el Padre, el Hijo y el Espíritu Santo.

⁷³ Hago presente que cuando hablo de “civilización islámica” lo hago en un sentido genérico, como comprensiva de todas las realidades diferentes que se pueden abarcar ahí; desde el mundo árabe-islámico, hasta el mundo afro-islámico, pasando por el mundo persa-islámico y por el turco-islámico. Todas son, en esencia, realidades diferentes. Sin embargo, todas forman parte de la “civilización islámica”, con lo cual a objeto de este trabajo y por su objetivo final, hago esta expresión sinónima y comprensiva de todas ellas, no obstante lo cual conviene hacer algunas aclaraciones sobre una de las clásicas confusiones a la hora de hablar de “civilizaciones islámicas” y esto es su asimilación a la civilización y cultura árabe. Sobre esto hay que decir que dentro del mundo islámico, constituido por la *Umma* o comunidad global de creyentes del Islam, el mundo arábigo es el que más se asocia al Islam por cuanto siendo una realidad que sobrepasa el solo mundo árabe, ello ha tenido una gran centralidad en el Islam lo que produce la indisoluble asociación de ambas realidades. Efectivamente esta religión nace en la península arábiga y de ahí proviene también el Profeta Mahoma, considerado el último y más grande de los profetas, entre los que figuran Abraham, Moisés y Jesús, a quien no le reconocen por cierto el carácter de hijo de Dios que le atribuye el Cristianismo. Pero hoy son parte del Islam estados que no pertenecen a la civilización árabe, como es el caso de Turquía, Indonesia, Guyana o Surinam, por ejemplo. En todos ellos existe una fuerte población musulmana pero no se trata de estados árabes, conforme los criterios mayormente aceptados para considerar a un estado como árabe. A efectos jurídicos, el criterio que se usa para considerar a un país como parte del mundo árabe es su pertenencia a la Liga de Estados Arabes. Por su parte, en relación a estados islámicos, el criterio mayormente usado en la literatura es el de la pertenencia a la Organización de la Conferencia Islámica. Pese a las críticas que se encuentran en la literatura, el número de países que integran una o ambas organizaciones (22 la Liga de Estados Arabes y 57 la Organización de la Conferencia Islámica al año 2008) permite usar esta pertenencia como referencia a los fines jurídicos. Si bien muchos usan en el primer caso el de la consagración y uso de la lengua árabe como la principal en el estado para calificarlo parte del mundo árabe, y en el segundo la existencia de una mayoría de población de religión musulmana o la declaración de ser un estado confesionalmente musulmán, lo cierto es que cualquiera de esos criterios está dotado de una falta de precisión y, en cierta medida, de una mayor cuota de arbitrariedad en la calificación que la pertenencia a una organización internacional. Comparto acá el argumento de alguna doctrina en que, a fin de cuentas, son los propios estados los que han decidido libre y soberanamente integrar una u otra, con lo cual es bastante clarificador de su autocalificación como estado árabe, musulmán o arabomusulmán. Ver Montilla, A. (Editor), *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006, pp. 56-58.

Así por ejemplo, uno de los temas centrales sobre que giran las reflexiones sobre el Islam ha sido y es lo que tiene que ver con la condición de las mujeres y su sexualidad, entre otros aspectos referidos a ellas.

Para algunos musulmanes⁷⁴, quienes dan al Corán una interpretación conservadora - en cuanto principal fuente sagrada de la ley islámica - la mujer debe mantenerse virgen y debe reprimir su sexualidad, recibiendo severos castigos corporales si mantiene relaciones sexuales con un hombre que no sea el marido.

Para muchos islamistas de corte fundamentalista, la época anterior al Profeta - la “Yahiliya” - se asocia al paganismo y a costumbres bárbaras, a la promiscuidad y a la permisividad y sólo sería Mahoma y sus revelaciones divinas los que traerían el orden justo. Efectivamente, en esa época las mujeres y la sexualidad tenían un rol que luego con el Corán quedaría relegado. Las mujeres podían repudiar o hasta tener varios maridos, y la virginidad no tenía el rol que se le asignó luego con el Corán.

Como se consideraba que el poder de seducción de la mujer era peligroso, con el Corán se le dejó sometida al hombre y todo lo relativo a la sexualidad y la pasión se asoció al matrimonio. El amor y la sexualidad quedaron así bajo la ley de Dios, según la cual es pagana y calificada de “fornicación” toda forma de amor libre fuera del matrimonio⁷⁵ y también las relaciones homosexuales. Por eso se promueve el matrimonio, porque es la forma legal de canalizar el apetito sexual conforme a la voluntad de Dios.

Una diferencia con el cristianismo es que no consideran que el sexo dentro del matrimonio deba tener por único fin la procreación, sino que lo conciben como parte de los placeres de la vida, sólo que debiendo practicarse dentro de esta institución que es el matrimonio.

También en una concepción islámica tradicional la virginidad tiene una gran importancia, básicamente desde un prisma *masculino*, ya que ella indica que la mujer no podrá comparar con nadie más a aquel hombre con quien tenga su primera relación sexual. Frente a esta interpretación existen otras, promovidas por ejemplo por las llamadas “feministas islámicas”, que indican que no debe darse a la mujer y su sexualidad ese trato que resulta ser discriminatorio para sus derechos.

En razón de que el Islam carece de unidad en cuanto a quien brinda el discurso formal por carecer de una estructura al modo del clero católico, la interpretación de qué dice el Corán es una cuestión que siempre ha traído fragmentación y debate siendo la sexualidad de la mujer y el cómo debe vivirla una parte esencial de esa fragmentación y de ese debate hoy por hoy, especialmente en aquellos países islámicos en que se da con más fuerza la relación entre sistema religioso y sistema político-jurídico y por tanto se siguen algunas de las ideas que antes he relatado en un sentido u otro.

⁷⁴ La expresión “musulmanes” se usa para referirse a los seguidores del Islam. De ahí que se habla también de la “fe musulmana”. Viene de la palabra *muslimun* (*muslim*, en singular) que significa “sumisos”.

⁷⁵ *Zina* es el concepto que abarca todas las relaciones sexuales prohibidas, es decir, el comercio sexual entre personas que no se hallan dentro de una relación legal (matrimonio o concubinato). *Zina* significa tanto el adulterio como la fornicación (de personas no casadas) en términos muy generales.

Esto explica que con frecuencia se encuentre en la literatura de todo orden expresiones que refieren a la realidad de la mujer en el mundo islámico, calificándola de prisionera de un sistema de vida retrasado: oprimida, sumisa y discriminada cuando se va a la identidad *femenina* bajo la mirada del Islam.

En contraste con ello es posible encontrar también alguna literatura que desmiente esta afirmación dando fundada cuenta de las reivindicaciones de las mujeres por más cuotas de igualdad y de participación en la elección de decisiones que afecten su vida, especialmente en lo que toca a las relaciones personales y de familia sin que ello tenga necesariamente que oponerse a la creencia y práctica del Islam.

La cuestión tiene su punto de arranque en la contemporánea reivindicación mundial por igualdad de las mujeres frente al patriarcado de la sociedad de los últimos quinientos años que desde que el discurso de los derechos humanos se instaló en el imaginario colectivo internacional a mitad del siglo pasado también ha alcanzando este particular mundo femenino islámico en su lucha propia por mayores cuotas de igualdad frente a los hombres y el derecho a no ser discriminada y contar con adecuados medios para luchar contra conductas que sean discriminatorias

Por lo anterior es que me parece correcto pronunciarme, aunque sea brevemente, sobre algunos juicios que se suelen escuchar o leer al acercarse al mundo del Islam, las mujeres, la sexualidad y los derechos humanos, partiendo por “desmitificar” - si se me permite la ambición de este objetivo - ciertos mitos o creencias.

Uno de ellos es aquel que dice que la mujer ha estado permanentemente ausente del Islam y cuando se la considera, es para dejarla sometida a un rol secundario, sin formación ni educación.

Tomando el versado estudio de Aisha Bewley⁷⁶, es fácil darse cuenta que no hay fundamento - al menos histórico - para tal afirmación de forma radical⁷⁷. La autora presenta un cuadro en que la mujer fue parte importante en el surgimiento y desarrollo del Islam. A través de lo que llama la “mujer erudita”, la “mujer política” y la “mujer espiritual” va mostrando claros ejemplos de la participación de las mujeres en esas tres áreas a lo largo del desarrollo del Islam. Reconoce en todo caso que esta participación - que no aparece como prohibida por el Corán ni la *Sharia* - tuvo un momento de caída, el que atribuye a la influencia europea y a lo que llama “proceso de infiltración cultural”⁷⁸. Agrega en defensa de su postulado que la historia reciente también muestra ejemplos de países musulmanes con gobernantes mujeres como Pakistán, Bangladesh y Turquía.

Por mi parte agrego que hoy es posible ver también mujeres musulmanas con cierto grado de poder o influencia en política o en otras esferas sociales, y algunas que han hecho destacados aportes en literatura, sociología o en otras disciplinas, sin olvidar que la primera seguidora del Islam

⁷⁶ Bewley, A., *Islam: El poder de las mujeres*, Traducción y Glosario: Olatz de Andrés Zubillaga, 1ª edición en castellano, Editorial Kutubia Mayurqa, Palma de Mallorca, 2001.

⁷⁷ Véase también sobre este tema “Las mujeres en la Historia del Islam”, en Mernissi, F., *El poder olvidado. Las mujeres ante un Islam en cambio*, Traducción de Tanja Gras y María Méndez, Barcelona, Icaria Editorial, 2003, pp. 163 - 186.

⁷⁸ Bewley, A., *Islam: El poder de las mujeres* (cit.), p. 34.

fue justamente una mujer, Jadiya, la primera esposa de Mahoma. Pienso en la ex gobernante pakistaní Benazir Bhutto; en la socióloga e historiadora marroquí Fatima Mernissi; en la feminista estadounidense islámica Amina Wadod; en la primera musulmana que dirige Amnistía Internacional, la bangladesí Irene Zubaida Khan; en la feminista egipcia Nawal Al Saadawi, famosa por su lucha escrita y activa contra la práctica de la mutilación genital femenina; o en la controvertida somalí y ahora política en Holanda Ayaan Iris Ali. Reconozco en todo caso que sus aportes, perspectivas e influencias llegan más fácilmente al mundo occidental que al propio mundo musulmán al que parecen dirigirse.

Asimismo, hoy es posible encontrar en y para el mundo árabe islámico, revistas periódicas que muestran una mujer liberada, sensual y seductora. Una mujer que parece tener claro lo que quiere tanto para su vida personal como para su vida profesional o laboral y que está plenamente informada de los adelantos que la tecnología le ofrece para encontrar pareja o denunciar situaciones que las afecten⁷⁹.

Por cierto que esta primera “desmitificación” que pretendo no supone en caso alguno negar o desconocer la situación de efectiva discriminación que sufren muchas mujeres musulmanas, desde la forma en que quieren manifestar su *identidad de género* hasta el analfabetismo que padece un gran número de ellas.

De hecho, ese reconocimiento está en una de las bases que orientan de este trabajo.

Sólo he querido exponer en estas líneas que no es un fenómeno único para las mujeres del mundo del Islam. Hay muchas que se han destacado en la historia o lo hacen actualmente y muchas que, desde el anonimato que otorga no desempeñar una labor de mayor alcance social como la política o la academia, viven de forma muy parecida - o casi igual en algunos casos - a las mujeres “liberadas” del mundo occidental cristiano sin dejar por ello de creer y cumplir los imperativos esenciales que les impone su religión.

Un segundo “mito” es aquel que dice que en el Corán no hay referencias a la mujer o si las hay, son para considerarla siempre como un ser inferior al hombre y darle a éste un poder casi absoluto sobre ella, casi al modo de ser tratada como un objeto.

La cuestión no es tan así al ver qué dice el Corán sobre la mujer.

Conviene por cierto no olvidar acá la fragmentación a la hora de interpretar qué dicen las fuentes islámicas, según el valor que se le atribuya al *Ichtihad* y según sea también el grado mayor o menor de fuerza que tenga la vinculación religión y derecho en cada uno de los países seguidores del Islam.

⁷⁹ Un ejemplo es la Revista *Laha*, publicación femenina semanal que se edita en Beirut y que es publicado por el famoso grupo Dar Al Hayat. Como cita Mernissi, en el número 380, de enero de 2007, se anuncia que una de las últimas modas en el Líbano es que las mujeres celebren fiestas para festejar su divorcio y anunciar así que están libres y dispuestas para una nueva relación. Mernissi, F. (2008), *El amor en el Islam. A través del espejo de los textos antiguos*, Traducción de Nuria Petit Fonserè, Madrid, Santillana Ediciones Generales, p.174.

En la Azora de las Mujeres se contienen distintos párrafos que si bien denotan que se considera superior al hombre, éste tiene el deber de cuidar a la mujer. Dice el versículo 34, por ejemplo, “*Los hombres están a cargo de las mujeres en virtud de la preferencia que Allah ha dado a unos sobre otros y en virtud de lo que (en ellas) gastan de sus riquezas*”.

En otros versículos, tanto de esta Azora como de otras, es posible ver esta preferencia, unida a este deber de buen trato.

La cuestión de las diferencias se agudiza en ciertas materias, especialmente referidas a las relaciones de familia, en que la situación de la mujer es notoriamente inferior en el goce de los derechos o de las situaciones que de esas relaciones derivan en algunos estados islámicos.

Así, mientras el hombre musulmán puede casarse con una mujer no musulmana; la mujer no puede. Mientras el hombre puede casarse con muchas mujeres si tiene económicamente para mantenerlas a todas; la mujer no puede. El hombre puede repudiar a su mujer repitiendo tres veces la frase “*Quedas repudiada*” frente a dos testigos musulmanes, varones, mayores de edad y en su sano juicio y sin presencia de un tribunal; la mujer no puede. El hombre puede pedir de manera más fácil y sin condena social el divorcio para terminar el matrimonio; la mujer no puede. La tutela de los hijos en caso de divorcio la tiene el padre; la mujer la pierde después de cumplir 7 años los hijos. En caso de herencia el hombre recibe todo; la mujer sólo la mitad. El testimonio de un hombre vale por sí solo; el de una mujer vale la mitad y sólo sirve si son dos las mujeres que testifican en el mismo sentido. En caso de violación o de adulterio el hombre casi queda eximido de rendir prueba en su defensa; la mujer no: en cuanto víctima tiene que probar lo ocurrido o en cuanto acusada debe defenderse de la acusación, y en ambos casos con testigos masculinos pudiendo ser fácilmente condenada a lapidaciones y otras prácticas igualmente inhumanas, crueles y degradantes.

Se puede decir entonces que, frente a la desigualdad sociológica entre hombres y mujeres como fenómeno mundialmente presente, en el caso de la mujer musulmana se suma una desigualdad con fundamento religioso-jurídico-político, que será más o menos grave según la interpretación más o menos estricta que sea haga del Corán y de la *Sunna* en cada estado

Así, en países que han tratado de modernizar su interpretación del Islam, como es el caso de Marruecos o Túnez en materias de familia, la situación de la mujer es menos discriminatoria pues en esas sociedades muchas se han incorporado al mundo formal del trabajo por ejemplo, con lo cual resulta difícil, en casos en que el marido no trabaje, aplicar de manera irrestricta ciertas prescripciones sobre la mujer con base en un Corán mirado desde la óptica de los antiguos.

Por otro lado, en países como Arabia Saudí o Irán, que buscan dar al Corán su pretendido sentido histórico original y aplicar en la sociedad del siglo XXI un texto escrito en el siglo VII, el problema de la identidad y las opciones femeninas está más en crisis especialmente por la

regulación del estatuto personal en los códigos de familia; la liberación de la mujer se considera satánica y el fin de la familia en su estructura patriarcal⁸⁰.

A todas estas diferencias contribuye sin duda la citada contradicción que existe entre algunos pasajes del Corán en que, refiriéndose a un mismo tema, lo hacen de manera diversa.

Un ejemplo citado en la doctrina⁸¹ dice relación con la tolerancia religiosa.

El versículo 257 de la Azora de la Vaca (II) señala que *“Allah es Amigo de los que creen; los saca de las tinieblas de la luz...”*; el versículo 99 de la Azora de Jonás (X) por su parte indica: *“Y si tu Señor quisiera creerían todos los que están en la tierra. ¿Acaso puedes tú obligar a los hombres a que sean creyentes?”*. Sin embargo, en la Azora de la Conversión (IX) se observa una prescripción en el sentido opuesto, hacia la intolerancia: *“Combatid contra aquellos, de los que recibieron el Libro, que no crean en Allah ni en el Ultimo Día, no hagan lícito lo que Allah y Su mensajero han hecho ilícito y no sigan la verdadera práctica de Adoración;...”*, mismo sentido que se puede desprender de la Azora de la Mesa Servida (V) en su versículo 51: *“¡Vosotros que creéis No toméis por amigos aliados a los judíos ni a los cristianos; unos son amigos aliados de otros. Quien los tome por amigos aliados será uno de ellos”*.

Esto se ha tratado de salvar desde el mundo musulmán con la “teoría de la abrogación”, que en términos muy simples postula que Dios después de dar una disposición puede cambiarla. Frente a esto habría que decir que su aplicación conduce a otro problema: la certeza de cuál es la última prescripción ya que uno de los problemas no resueltos es el orden exacto en que las revelaciones fueron hechas al Profeta.

Ahora bien, específicamente en lo que se refiere a la homosexualidad como otro de los temas más directamente vinculados a la sexualidad humana, el Islam tampoco permite este tipo de *orientación sexual* según la interpretación mayormente seguida.

En el Corán, en la Azora 7, 80-84 se encuentra referencia en el episodio conocido como la historia de Lot: *“¿Cometéis una indecencia que ninguna criatura ha come? Ciertamente, por concupiscencia, os llegáis a los hombres e lugar de llegaros a las mujeres. ¡Sí, sois un pueblo inmoderado!”*.

Vale recordar sí, que no existiendo unidad sobre lo que dice el Corán y cómo debe interpretarse, es la corriente más conservadora, reaccionaria e integrista quien fundamenta la prohibición de la homosexualidad en el Corán.

Para los islamistas más progresistas, las relaciones y el amor homosexuales han estado siempre presentes en el mundo islámico y no están condenadas de manera tan tajante en el libro sagrado que contiene las revelaciones de Alá.

⁸⁰ Ello se produce en medio de la paradoja internacional que supone el que Arabia Saudí sea parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ya por un segundo período (2006-2009 y 2009-2012)

⁸¹ Centro Di Studi Sull'Ecumenismo, *Cien preguntas sobre el Islam. Entrevista a Samir Khalil Samir realizada por Giorgio Paolucci y Camille Eid*, Traducción de Miguel Montes, Madrid, Ediciones Encuentro, 2003, pp. 48-50.

Bajo esta óptica del Islam, en el caso de países que siguen una interpretación conservadora de las fuentes sagradas, base jurídica de la ley islámica en muchos países musulmanes como se ha dicho, las penas por homosexualidad o conductas relacionadas con ella pueden llegar hasta la muerte, como ocurre en Arabia Saudí o Irán⁸².

En suma, evidentemente quienes busquen afirmar su conducta en el Corán buscarán aquellos pasajes que les sean coherentes a la conducta de que se trate y, como dice un autor, ello será una interpretación “auténtica, pero no exclusiva”⁸³.

De este modo, al no existir entonces una única autoridad que pueda decir qué quiere significar cada frase del libro sagrado, se puede concluir que hay muchas maneras de entender el Islam y su principal fuente: el Corán y lo que ella dice sobre la cuestión de la sexualidad.

2.3. Sexualidad Humana en las Civilizaciones Orientales.

En otro lado de las culturas, en el marco de las que me permito calificar como “civilizaciones orientales” también hay abundantes referencias a la sexualidad como rasgo importante de la vida humana.

En este grupo incluyo aquellas civilizaciones influidas principalmente por las dos religiones politeístas más importantes en la historia humana: el hinduismo y el budismo, las cuales comparten no sólo ese rasgo de la no creencia en una divinidad, sino también el aglutinar un gran número de seguidores que viven sus existencias al amparo de los preceptos que estos sistemas valóricos van señalando y los que han ido naciendo influidos por ellos⁸⁴ y constituir sistemas menos centralizados que el cristianismo y que el judaísmo e islamismo, aún cuando éstos dos últimos claramente no cuentan con una centralización tan rígida como la tiene por ejemplo el catolicismo romano, y pese a la importancia del sistema de castas en el mundo oriental hindú y su especial condición de sistema de estratificación.

Entre estas otras tradiciones o sistemas valóricos que han confluído a las particularidades de este espectro llamado “civilizaciones orientales” están el confucionismo y el taoísmo, éste último especialmente en China, que ha construido su civilización particular con la conjunción principalmente de influencias religiosas budistas y tales creencias taoístas.

En primer lugar entonces habría que hablar acá del *hinduismo*, tradición religiosa y valórica de la India, que nace hacia el 1750 antes de Cristo.

Estimado hoy como un complejo variado de mitos y prácticas religiosas de muy antigua data que abarcan todos los aspectos de la vida (religión, sociedad, literatura, arte, etc.), consiste

⁸² Véase Whitaker, B., *Amor sin nombre. La vida de los gays y las lesbianas en el Islam*, Traducción de Ismael Attrache, Madrid, Egales Editorial, 2007.

⁸³ Centro Di Studi Sull'Ecumenismo, *Cien preguntas sobre el Islam*. (cit.) p. 54.

⁸⁴ Desde un punto de vista geográfico, el hinduismo y el budismo se extienden esencialmente por buena parte de lo que se conoce como el continente asiático; desde la India - cuna de ambas religiones - pasando por Pakistán, China y buena parte de otros países y territorios orientales como Sri Lanka, Japón, Corea, Vietnam, Nepal, Tibet y Mongolia.

básicamente en la aceptación de un orden universal que rige al mundo y a la sociedad para enfrentarse a los sufrimientos de la vida y eventualmente huir de él, incluyendo en general cuatro enfoques posibles para la vida: el *Kama* (la búsqueda del placer), el *Artha* (la búsqueda del poder y los bienes materiales); el *Dharma* (la búsqueda de la vida moral, de su propio camino) y el *Moksha* (la búsqueda de la liberación a través de la negación de uno mismo en un estado del ser que se conoce como *nirvana*).

El *Kama*, referido a la búsqueda del placer, ha producido abundante literatura sobre el logro del placer sexual. El *Kamasutra* es el texto hindú que trata el comportamiento sexual del hombre. Fue escrito por Vatsyayana y se compone de 36 capítulos que versan sobre siete temas diferentes, siendo considerada una obra maestra del hedonismo erótico, mostrando la perspectiva muy positiva de la sexualidad que se encuentra en el hinduismo⁸⁵.

Por contraste, vivir para el *Dharma* y *Moksha* supone alejarse de todas las pasiones, incluidas aquellas que derivan del sexo.

En la búsqueda de protección para cada una de las circunstancias de la vida, el hinduismo se expresa en la adoración de un número enorme de dioses muchos de las cuales incluso, especialmente en lo que se considera como *hinduismo primitivo*, eran femeninas o diosas madres, como las divinidades de la tierra, la vida, la salud, la enfermedad y la riqueza. Estos dioses y los rituales respectivos son elegidos por cada persona según sus especiales circunstancias y también según su sexo y su estado en el ciclo vital, de modo de se pueda encontrar a sí misma con su ayuda.

Una de las corrientes principales dentro del hinduismo es el *brahmanismo-hinduismo*, que es una religión sacerdotal que tiene por base el sistema de castas que se mantiene hasta hoy y la premisa esencial de que cada individuo tiene que descubrir su propio camino, su *Dharma*, con la ayuda de estas autoridades religiosas superiores que son los Brahmanes y de una serie de dioses que se sitúan en distintos momentos y circunstancias de la vida y que se eligen en base a las necesidades particulares y al sexo de cada uno, constituyendo a la estratificación en cuestión esencial de esta rama del hinduismo.

Algunos ven que una de las características esenciales del hinduismo es la existencia de muchos caminos para llegar a la verdad, lo que le da flexibilidad a las prácticas y a los ritos en la búsqueda de este camino para alcanzar el lugar merecido en el orden universal y la posibilidad de conseguir otra vida mejor en la reencarnación⁸⁶.

El *budismo* en tanto es una religión no teísta, derivada del *hinduismo*, que tiene por fin erradicar el sufrimiento, la insatisfacción vital o el descontento que se manifiestan de diversos modos en la vida porque esta es imperfecta, surgiendo como una especie de rechazo al carácter sagrado de los brahmanes y al sistema de castas por su oposición al establecimiento de jerarquías

⁸⁵ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit.), p. 521.

⁸⁶ Cordero Del Castillo, P., *Introducción a la Sociología de la Religión* (cit.), p. 91.

sociales basadas en esas razones u otras de tipo económico, y que es hoy parte de enraizada en la cultura japonesa, entre otras orientales.

Su fundador, Siddhartha Gautama o Sakyamuni - más conocido como Buddhda - no pretendió fundar una nueva religión. De hecho, Buddhda no es ni un Dios ni un Profeta sino un ser humano que trabajó en sí mismo para ser mejor: un ser “iluminado”.

Pese a ello, no hay duda que sentó las bases de todo un sistema de creencias centrado en la idea de que la existencia humana implica un sufrimiento al que todos estamos sometidos que se puede evitar siendo compasivos⁸⁷. La causa de este sufrimiento está en el apego a los objetos sensibles, al deseo, con lo cual la paz se logra sólo venciénolo, siendo necesario dominar nuestros actos y deseos a través de la meditación sobre la bondad y la sabiduría para alcanzar la serenidad (el conocido *nirvana* o liberación espiritual, ya referido y que es tan propio de las religiones surgidas en la India)⁸⁸.

Dentro de sus postulados el budismo aboga por cinco preceptos elementales: abstenerse de matar, robar, llevar una mala conducta sexual, mentir y usar sustancias tóxicas.

Al no compartir la visión de otras religiones sobre un creador se estima que cada individuo es libre para cumplir con estos preceptos, sin que vaya a recibir un castigo externo sino que no alcanzará (o perderá) el deseado *nirvana*.

En esta lógica, en principio la homosexualidad sólo se permite a los laicos y no a los monjes budistas puesto que se considera que la sexualidad y los placeres que de ella derivan, apartan de la necesaria Iluminación para lograr el *nirvana*.

En cuanto al rol de la mujer y eventuales diferencias por sexo, el budismo no las recoge - a diferencia del cristianismo o el islamismo en sus orígenes - pero sí con el tiempo su rol en la procreación ha llevado a algunos a entender que en virtud de ese papel no puede, como los hombres, alcanzar el *nirvana*.

Pese a ello se estiman igualmente importantes los deberes familiares para ambos y en especial al hombre se le conmina a considerar a su mujer como su mejor amiga, mostrando incluso bastantes abiertos hacia las decisiones sobre la reproducción que pueda adoptar la mujer por el bien de la familia⁸⁹.

De otro lado, pero siempre en el marco de lo que son las que llamo “culturas orientales” y que están influidas por el *hinduismo* y el *budismo*, una mención especial merece la civilización *taoísta* de la China clásica que concibe la sexualidad como una higiene de vida, física y mental y le atribuye a la energía sexual un rol determinante de la vida de los seres humanos en el camino a la perfección.

⁸⁷ La flor de loto, símbolo del budismo, representa la posibilidad de los hombres de estar por encima del sufrimiento del mundo.

⁸⁸ Cordero Del Castillo, P., *Introducción a la Sociología de la Religión* (cit.), pp. 91-95.

⁸⁹ Sobre las relaciones entre budismo y género en la sociedad budista véase Peek, J. “Buddhism, Human Rights and the Japanese State”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 17:3, 1995, pp. 537-539.

Ellos conciben al principio masculino que llaman “yang” como necesariamente unido al principio femenino que llaman “yin”; uno nunca puede existir sin el otro y el placer es entonces la unión de ambos principios.

No debe perderse de vista que China es una civilización en que si bien actualmente el *budismo* tiene un lugar importante, sus valores y creencias se nutren de este *taoísmo* del mundo clásico para el cual, con su consideración vital de la energía que brinda la sexualidad y sus conceptos de “yin”, “yang” y “tao” (como una tercera fuerza o poder superior que los contiene a ambos y que es la fuente de vida de todo: invisible, inagotable y muy difícil de alcanzar) resultan aconsejables las relaciones heterosexuales pues ellas son las únicas que conducen a la plenitud humana.

Por cierto, esto se enmarca también en la diferente cosmovisión del ser humano que tiene la civilización china y que se ha plasmado en buena medida en la concepción de la “alquimia sexual taoísta” como un arte ya milenario y con su origen en la China Antigua.

Esta “alquimia sexual taoísta” supone una transformación intelectual, intuitiva y corporal para avanzar hacia un estadio de perfección mental y física. Está destinada a estimular la salud y la curación a través de las energías masculinas y femeninas que se intercambian en las relaciones sexuales o en el cultivo individual de la sexualidad, bajo la premisa de que la fuga de energías es la causa de muchos problemas mentales y físicos en la vida de los seres humanos que impiden la perfección.

De esta manera, más que la consideración del placer o lo erótico que está presente en la sexualidad humana, para esta civilización la sexualidad es una especie de técnica al servicio de la salud y de una vida larga y saludable, puesto que desplegarla ayuda a mantener las energías que perdemos⁹⁰.

3. UNA APROXIMACION A LOS CONTENIDOS DE LA SEXUALIDAD. SEXO, GENERO Y CONDUCTAS SEXUALES.

Precisados ya los aspectos introductorios de los apartados anteriores, viene ahora como ejercicio intelectual evidente referirse de forma más precisa a lo que se debe entender por estas tres

⁹⁰ Hay que decir que la realidad de China actual - la República Popular China que ha cumplido 60 años en el 2009 - de corte comunista-marxista y en que por lógica la adscripción a ciertos ideales la religión tiene que quedar en un segundo lugar, supone una contradicción que hace que los chinos y chinas se debatan entre un sistema político que por ejemplo pretende manejar la libertad de expresión y la vida sexual de las jóvenes, con una represión en muchos aspectos ligados a la expresión de su sexualidad y un control establecido de la natalidad, con un sistema ancestral de creencias y valores en que se conjugan no sólo el budismo, con el confucionismo y el taoísmo que sobre él se construyó, sino también con una presencia no menor en estos tiempos de influencias del mundo islámico y aún de manera muy menor en todo caso, del mundo católico cristiano. Esta contradicción se refleja a nivel internacional en que se presenta la paradoja de una China que oprime en muchos sentidos pero es parte del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2006-2009 y 2009-2012) sin ser parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Una ilustrativa presentación de lo que es la vida para muchas mujeres chinas se encuentra en Xinran, Xue, *Nacer Mujer en China*, Editorial Emece, Barcelona, 2003.

dimensiones centrales de la sexualidad a que vengo haciendo referencia: el *sexo*, el *género* y la *orientación sexual*.

Ello no es una tarea sin complejidades ya que cuando se habla de *sexualidad* y sus contenidos o dimensiones se entra a un aspecto esencial de lo que supone “ser” humano. Se conjugan en ella lo biológico, lo psicológico y lo social que implica ser persona.

Ahora bien, frente a cualquier primera aproximación sobre lo que comprende esta sexualidad, creo firmemente que hay que hacerlo partiendo de dos premisas.

En primer lugar, que la sexualidad, si bien tiene su punto de arranque en el *sexo*, es mucho más que eso y, en segundo lugar, el que la *sexualidad* no es un aspecto tan individual del ser humano como a primera vista podría creerse.

En cuanto a la idea de que la sexualidad involucra mucho más que el *sexo* de un ser humano, ello es así pues esta sexualidad incluye el *género* de una persona y su *orientación sexual*, pero también lo erótico, el amor, las formas de reproducción, las formas de manifestar el deseo sexual y muchos otros aspectos que son a la vez contenido y proyección de la condición humana de ser sexuado.

Todos estos aspectos toman distintas formas y se expresan de diversos modos en cada ser humano, sea a través de palabras, gestos, sentimientos, valores, fantasías o creencias, las que vamos construyendo a lo largo de la vida y condicionan las relaciones con los demás puesto que forman una esencial faceta de nuestra personal identidad: la *identidad sexual*.

En relación a la segunda premisa, he de decir que si bien efectivamente hay un componente biológico que es lo que refiere al *sexo* propiamente tal como explicaré enseguida y que sin duda es particular en cada ser humano, ciertamente todo lo que emana de ese *sexo*, partiendo por la idea de *género* y otras construcciones son en verdad mayormente categorías sociales, en las que juegan factores de todo tipo a la hora de su definición en uno u otro sentido. Factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, culturales, políticos, religiosos, éticos.

Se trata en efecto de dimensiones que el individuo adquiere en función del medio en que le toca nacer, criarse, desarrollarse y vivir y también, según entiendo, conforme las relaciones y encuentros que ese medio desarrolla con otros y que van generando influencias recíprocas. Comparto en este sentido los aportes de Weeks y, en una manera parcial, la radical apuesta de De Beauvoir sobre la construcción de la mujer.

En otras palabras, la sexualidad es un constructo en que tiene especial importancia el proceso que los expertos denominan de *socialización*, para referir las maneras en que la sociedad transmite al individuo sus normas o expectativas en cuanto a su comportamiento⁹¹. Dicho en otras

⁹¹ Shibley Hyde, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, pp. 339-341.

palabras, “la socialización consiste en el proceso de internalización de valores, creencias y formas de percibir el mundo, que son compartidas por un grupo”⁹².

En este proceso tiene fuerte incidencia la labor de los padres y de la familia en general pero también la del entorno de los amigos, los educadores y los medios de comunicación - y los cambios que producen los avances tecnológicos al momento de revisar cómo se comparte información entre grupos e individuos - y por cierto el resultado jamás es equivalente en cada individuo, aún dentro de una misma sociedad.

Ello explica que la *sexualidad* se viva de manera muy diferente para un chico de 16 años nacido y criado en un país de Europa Occidental y de raíz cristiana, como serían España o Francia, a cómo la vive un chico de 16 años nacido y criado en un país musulmán como Irán, o a cómo la vive un integrante de la etnia de los Dani (también conocidos como Ndani) en Nueva Guinea, quienes muestran poco interés en la sexualidad y donde el orgasmo femenino es casi desconocido⁹³.

Esto explica también que los contenidos de las expresiones *masculino* y *femenino* sean distintos según estemos en diferentes contextos culturales y explica asimismo la importancia que en los últimos años han cobrado los estudios que vinculan la sexualidad con la etnicidad⁹⁴.

Partiendo de estas ideas es que voy ahora a explicitar ciertos conceptos que emanan de esta *sexualidad* construida (o influida) social y culturalmente en muchos aspectos y que a la vez constituyen su contenido para efectos de la construcción de las identidades.

Hago presente que en esta parte sólo haré referencia a estas cuestiones desde un punto de vista teórico y como forma de fijar conceptualmente en una aproximación científica aquellos aspectos que han de tenerse presente al llegar el momento de hablar de una regulación jurídica de la *orientación sexual* y la *identidad de género* en el marco de la norma de no discriminar con que se debe cumplir por los sujetos internacionales. Con ello me excluyo acá de hacer consideraciones de carácter ético o de otra índole, salvo aquellas indispensablemente necesarias, que especialmente pueden parecer útiles al pensar en temas tan complejos como por ejemplo el comercio sexual, el aborto o las técnicas de reproducción humana asistida por lesbianas, pues ello excedería con mucho el objeto de trabajo.

Lo que quiero, repito, es presentar un marco teórico sobre los contenidos de la sexualidad que es indispensable para luego conjugar con la posición valórica-religiosa que cada persona defienda para sí al momento de asumir cómo vivir su sexualidad.

Asimismo, como se apreciará incluiré en esta parte no sólo lo que dice relación con las precisiones conceptuales sobre *sexo*, *género* y *orientación sexual*, sino también referencias de menor profundidad respecto de otros aspectos que están también en la base como integrantes de esta condición humana de la *sexualidad*, porque ayudarán a entendimientos posteriores que se

⁹² Martínez, R., *Psicosexualidad y Conducta Humana. Comunalidad y Diversidad*, Proyecto de Docencia 97-155, Editorial Facultad Ciencias Biológicas, Concepción, 1999, p.33.

⁹³ Strong, B.; *Human Sexuality. (cit.)*, p. 20.

⁹⁴ Strong, B.; *Human Sexuality. (cit.)*, pp. 65-72.

desarrollen en este trabajo o que este pueda sugerir, poniendo por cierto un mayor énfasis en la comprensión de los conceptos de *género* y de *orientación sexual*, atendida la especificidad que revisten para el análisis posterior de esta investigación.

3.1. La concepción biológica: el *sexo* de cada persona.

La primera idea es que el *sexo* es la diferenciación biológica entre hombres y mujeres, en tanto que el *género*, como se verá más adelante, es una construcción social - fuertemente influída por la cultura en todo su amplio sentido - y que a su vez los conceptos de *género* y *sexo* hay que diferenciarlos de lo que tiene que ver con la *sexualidad* de lo *erótico*.

Como señalan sociólogos y psicólogos contemporáneos - y otros estudiosos de la sexualidad consultados - en términos generales el *sexo* se refiere a las diferencias biológicas entre machos y hembras, o entre *hombres* y *mujeres*. Estas diferencias se proyectan en la anatomía, en la fisiología y en las respuestas sexuales.

Maconis y Plummer señalan que en general se distinguen seis componentes principales que conjugados, marcan la pertenencia a uno u otro sexo: la composición cromosomática; los órganos reproductores; los genitales externos; los genitales internos; el componente hormonal y las características sexuales secundarias.

Explicaré brevemente la relevancia de cada uno de estos componentes en la diferenciación sexual, partiendo de la premisa de que si bien existen dos extremos en cuanto a cuáles son estos sexos (hombre y mujer) la realidad prueba que hay individuos que se encuentran en un lugar entre el continuo de las diferencias entre ambos, no siendo tan claro que en cada persona se presenten de forma absoluta los componentes de cada sexo.

3.1.1. La composición cromosomática.

Esto tiene que ver con la diferenciación sexual que se produce antes de nacer.

Al momento de producirse la concepción, el ser humano que va formarse consiste en una sola célula: el óvulo que ha sido fecundado.

Lo que hace la diferencia entre lo que será un hombre o una mujer son los cromosomas sexuales que vienen en este óvulo fertilizado. Si posee dos cromosomas X lo que ocurrirá normalmente es que se forme una mujer. Si posee en cambio un cromosoma X y un cromosoma Y, ocurrirá que nacerá un hombre. Es la presencia o no del cromosoma Y lo que hará la distinción sexual.

Esto conduce a que muchos estudiosos desde la medicina y aún desde la psicología señalen que, estrictamente y considerando a la madre naturaleza, al macho hay que fabricarlo mientras que la hembra está ahí desde la concepción⁹⁵.

Lo anterior es la regla general. Sin embargo eventualmente ocurre que un individuo reciba una combinación distinta de cromosomas, dando lugar con ello a algunos síndromes clínicos que pueden derivar, por ejemplo, en baja o nula producción de esperma o testículos anormales en el varón.

En una situación cromosómica normal, durante las primeras semanas de desarrollo el óvulo fecundado es igual, sea que se esté formando un hombre o una mujer, y sólo son estos cromosomas sexuales los que indican uno u otro caso.

Ya a partir de la séptima semana de gestación estos cromosomas le indican a las gónadas el inicio de la diferenciación por sexos, evolucionando así hacia la formación de ovarios o de testículos según sea el caso.

A partir de esto es posible entonces distinguir en principio claramente los dos *sexos* y, consecuente con ello, deberían aparecer claramente con posterioridad los dos *géneros* principales que sobre ellos se construyen: el *masculino* y el *femenino*.

Sin embargo, hay que tener presente que en algunos casos y por causa de la biología, ni aún la definición del *sexo* es clara ya que pueden darse disfunciones hormonales antes del nacimiento y entonces puede haber una persona con composición cromosómica de un sexo y genitales del otro, o bien ser un “hermafrodita”⁹⁶ “un ser humano que combina rasgos genitales internos o externos propios de los dos sexos, el masculino y el femenino”⁹⁷.

Estas personas también se suelen llamar *intersexuales* y su especial condición de nacimiento evidentemente contribuye a generar enormes problemas a la hora de la definición tanto del *sexo* como posteriormente del *género*, tema éste sobre el que volveré al hablar de la construcción de la *identidad de género*.

Frente a ellos, que no son porcentaje tan menor como podría pensarse en el total de nacimientos de seres humanos⁹⁸, las condicionantes éticas en el ámbito de la biología son determinantes pues una decisión en el momento del nacimiento, como una cirugía de tipo correctora de esta “anomalía” podría marcar la existencia de un individuo en uno u otro sentido de por vida, sin haberle dado la oportunidad en algún momento de su existencia de optar por pertenecer a uno u otro *sexo* y a uno u otro *género*.

Por otro lado, desde el punto de vista estrictamente social, la existencia de este tipo de seres humanos ha sido recepcionada por las diversas culturas en diferentes formas: mientras unas los

⁹⁵ Riso, W., *La afectividad masculina. Lo que toda mujer debe saber acerca de los hombres*, Editorial Planeta, Barcelona, 2008, p.98.

⁹⁶ Término que se deriva de Hermafrodito, nacido de los dioses de la mitología griega Hermes y Afrodita, y que poseía los dos sexos.

⁹⁷ Maconis, J. y Plummer, K., *Sociología*, Madrid, Pearson Prentice Hall, 3ª edición, 2007, p. 307.

⁹⁸ Según estimaciones, 100 de cada 1000 bebés que nacen en Estados Unidos de América lo hace con un cuerpo que difiere de los estándares de un cuerpo de varón o de mujer. Strong, B.; *Human Sexuality*.(cit.) p. 152.

rechazan como “fenómenos”, otras los puede ver como la encarnación del potencial completo de la sexualidad. Este es el caso de los Navajo, el pueblo nativo norteamericano más numeroso que denomina *nadle* a los seres intersexuados, dándoles una posición específica en la sociedad que les permite contar con derechos especiales en torno a la propiedad privada y hasta casarse con uno u otro sexo biológico, según su elección.

Un caso emblemático que se cita en la literatura es el de los Guevodoces, que constituyen un grupo determinado en una pequeña comunidad de República Dominicana. Se trata de un grupo de niñas nacidas con apariencia de tal pero que, a consecuencia de un problema endocrino genético, al avanzar hacia su pubertad fueron presentándose como niños. Al nacer tenían un saco vaginal en vez de un escroto y un pene del tamaño del clítoris femenino, lo que daba esta apariencia de niña. Al llegar a la pubertad vino el desarrollo del pene y de las hormonas que trajeron las características masculinas de endurecimiento de la voz y atracción por las mujeres, lo que a su vez produjo un cambio en su *identidad de género*⁹⁹ después de vivir diez o doce años como niñas¹⁰⁰.

3.1.2. Los órganos reproductores. Los genitales externos y los genitales internos.

Los órganos que componen el aparato reproductor humano difieren en *hombres y mujeres*. Ambos tenemos distintos órganos externos e internos que participan en el proceso reproductivo pero también en el proceso de la respuesta sexual.

En el caso de la mujer los genitales externos son el clítoris, la eminencia del pubis, los labios internos, los labios externos y la abertura vaginal. Considerados en su conjunto estos órganos se denominan *vulva*. El clítoris es el órgano más relevante en términos de su especial sensibilidad frente a la respuesta sexual femenina¹⁰¹. El himen es también considerado un genital externo y tiene simbólicamente para muchas culturas una relación directa con la virginidad lo cual científicamente no es efectivo. Esta disociación entre la realidad social y la biología sirve de argumento a favor de

⁹⁹ Ella se refiere al estado psicológico en que está una persona cuando se dice mujer u hombre.

¹⁰⁰ Una clara presentación de los problemas cromosómicos y hormonales que pueden producir la intersexualidad en el marco de desarrollo prenatal, y una tabla conteniendo algunos modelos propuestos para su tratamiento se encuentra en Strong, B.; *Human Sexuality*. (cit.) pp. 149-155.

¹⁰¹ En muchos países resulta aún una práctica de relativa frecuencia la ablación del clítoris, llamada también “mutilación genital femenina”, y que se justifica por sus defensores en la necesidad de asegurar la aptitud matrimonial y la conducta sexual de las mujeres conforme los patrones culturales que se estiman consensuados ya que, estrictamente, no tiene un fundamento religioso expreso. Para la Organización Mundial de la Salud (OMS) comprende todos los procedimientos intencionados y por motivos no médicos que alteran o lesionan los órganos genitales femeninos. Conforme la organización esta práctica - que se realiza mayoritariamente a niñas - es perjudicial para la salud sexual de las mujeres pues puede producir hemorragias, infecciones, coágulos, quistes vaginales y hasta la muerte. En razón de ellos se la estima en la institucionalidad internacional como una violación de los derechos humanos de niñas y mujeres pues no causa ningún beneficio sino por el contrario; al practicarla se atenta contra el derecho a la salud (produce dolor intenso, hemorragia, tétanos, retención de orina, llagas abiertas en la región genital y lesiones de los tejidos genitales circundantes), a la seguridad, a la integridad física, al derecho a no ser sometido a tortura ni trato o penas crueles, inhumanos o degradantes y hasta al derecho a la vida si a consecuencia de ella se produce la muerte de la niña o mujer. Según datos de la OMS en el mundo hay entre 100 y 140 millones de niñas que sufren sus consecuencias y sigue siendo una práctica frecuente en varios países de África, en algunos de Asia y Oriente Medio y en algunas poblaciones inmigrantes que viven en Estados Unidos y Europa. Doc. OMS A61/11, Informe de la Secretaría sobre Mutilación Genital Femenina, de 20 de marzo de 2008. Frente a la existencia aún de esta práctica en tantos lugares del mundo y la convicción en muchos y muchas que debe efectuarse por respeto a las tradiciones culturales, bien cabría tomar la acción de difundir sus efectos en todos los niveles de modo que, conociéndolos en su real dimensión, las mujeres tomen conciencia de que esta práctica se enmarca además en un contexto que les otorga un rol totalmente subordinado frente al hombre.

la tesis de que la sexualidad es, definitivamente, algo no sólo individualmente construido y asumido, sino también influenciado colectivamente.

En el caso del hombre, los genitales externos son el pene y el escroto. El pene tiene indudable relevancia tanto desde el punto estrictamente sexual como desde el punto de vista reproductor; contiene tres estructuras esponjosas que al llenarse de sangre producen la erección. Se conoce como *glande* la parte final del cuerpo esponjoso, siendo la parte más ancha del mismo. Con forma de cono, está recubierta por una capa de piel suelta que se llama *prepucio* que puede ser retirado hacia atrás dejando en exposición al glande, o bien removido por medio de un procedimiento quirúrgico, llamado *circuncisión*¹⁰². El escroto contiene a los testículos que son quienes fabrican los espermatozoides y las hormonas sexuales. Tiene forma de saco y está cubierto de vello de tipo genital.

Los genitales internos en tanto tienen un papel especialmente protagónico en el proceso de la reproducción.

En el caso de la mujer los más importantes son la vagina, el útero (también llamado matriz), los ovarios y las trompas de Falopio. La vagina es la que recibe al pene durante el coito. El útero en tanto tiene una función relevante en el marco de la reproducción pues alberga al óvulo fecundado que a su vez es fabricado por los ovarios que además de producir óvulos fabrican las hormonas sexuales. Las trompas de Falopio en tanto que son conductos musculares que conectan los ovarios y el útero y conducen el óvulo hacia el útero.

En el caso de los hombres los órganos genitales internos son los testículos, el conducto deferente, la próstata y las vesículas seminales. Estas son dos glándulas pequeñas que generan líquidos ricos en fructosa (azúcar) para alimentar a los espermatozoides y almacenan a los espermatozoides maduros que serán liberados en la eyaculación. Los conductos deferentes son un par de tubos musculares rodeados de músculo liso que conectan el epidídimo con los conductos eyaculatorios intermediando el recorrido del semen entre estos.

¹⁰² La circuncisión es una operación que se realiza por motivos médicos en casos de fimosis o parafimosis, patología que se produce cuando el prepucio es demasiado estrecho y no permite que el glande se desplace durante la erección o cuando es demasiado grande y no permite condiciones adecuadas de higiene. El Programa de Naciones Unidas para el VIH/SIDA (ONUSIDA) recomienda a los hombres practicar la circuncisión como una intervención preventiva que ayuda a reducir las posibilidades de contagio del virus del SIDA. Fuente: “Acción conjunta para obtener resultados. Marco de Resultados del ONUSIDA de 2009 a 2011”, ONUSIDA, 2009, p.7. Disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2009/jc1713_joint_action_es.pdf (último acceso: 11 de octubre de 2009) Además de estas razones que recomiendan su práctica, la circuncisión también se realiza por motivos culturales y religiosos. Para el judaísmo, el patriarca Abraham fue circuncidado por una orden divina, según los textos bíblicos (Antiguo Testamento, Génesis 17), de modo que se viene practicando como tradición desde hace más de 3.500 años. En el mundo cristiano quienes la defienden como práctica citan un pasaje del Nuevo Testamento (Lucas, 2, 21) que haría referencia a ella. Sin embargo, otra parte adhiere a que no hay verdaderas referencias a ella, salvo un pasaje que no la considera como obligatoria (I Corintios, 7, 19). Los musulmanes en tanto también la practican, generalmente en los primeros días de vida, pero sin la obligatoriedad del judaísmo pues no está referida en el Corán, fuente sagrada de esta religión.

3.1.3. El componente hormonal.

Las hormonas son “sustancias químicas poderosas fabricadas por las *glándulas endocrinas* y se segregan al torrente sanguíneo”¹⁰³. Las hormonas sexuales más importantes son la *testosterona*, en el caso del varón; y el *estrógeno* y la *progesterona*, en el caso de la mujer.

Las glándulas sexuales (testículos y ovarios, respectivamente) son quienes producen estas hormonas, ayudadas de dos estructuras como son el hipotálamo y la glándula pituitaria. Esta última es una pequeña glándula endocrina que está ubicada en la parte inferior del cerebro, por debajo del hipotálamo que es a su vez la estructura en el cerebro que regula muchas funciones corporales y, desde el punto de vista de la sexualidad, incide en funciones tan relevantes como el ciclo menstrual de la mujer, el embarazo, los cambios en la pubertad y el comportamiento y conductas sexuales.

3.1.4. Las características sexuales secundarias.

Se trata de aquellas características que contribuyen a la diferenciación sexual en un momento específico del desarrollo del ser humano, la pubertad, definida científicamente por Tanner como “la época en la que se presenta un aumento y maduración repentino de las gónadas, de otros genitales y de las características sexuales secundarias, lo cual conduce a la capacidad de reproducción”¹⁰⁴.

Este proceso suele venir reflejado en la primera eyaculación en el varón y la primera menstruación en la mujer, como hechos altamente simbólicos, y por la aparición de estos caracteres sexuales secundarios que son por ejemplo la barba o el desarrollo de las mamas, respectivamente.

En esta misma época comienza también un mayor desarrollo hormonal y aunque marca el inicio de la capacidad de reproducción, en el caso de las niñas la primera menstruación no supone necesariamente que ya esté capacitada para la reproducción desde un punto de vista biológico pues se requieren normalmente uno o dos años más para que ello ocurra.

En cuanto al inicio de esta época, hay que decir que la pubertad no llega en la misma época para ambos sexos. En las niñas suele venir antes, aproximadamente entre los 8 y 12 años, mientras que en los niños llega entre los 10 y los 14, aunque éstos continúan su período de crecimiento normalmente más allá del tiempo que dura la llegada a la adultez en las mujeres.

3.1.5. Las distintas clases de sexo.

En función de los componentes que he explicado, se puede decir que el *sexo* se define, generalmente y con las precisiones anotadas, en términos de macho o hembra, o de hombre o mujer

¹⁰³ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p.97.

¹⁰⁴ Tanner, James M. (1967), Puberty. In A. Mc Laren (Ed.), *Advances in reproductive physiology* (vol. II), New York; Academic, citado por Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p.105.

- como extremos de un continuo que puede presentar matices - teniendo un marcado carácter biológico y, en principio, no voluntario.

Justamente por esta realidad biológica es que algunos autores hablan que al referirse al *sexo* debe hacerse con algunas precisiones. Así, entenderían algunos que se puede hablar de cinco categorías o dimensiones si se pretende ser precisos sobre el sexo de una persona: sexo cromosómico; sexo gonadal; sexo hormonal; sexo genital y sexo fenotípico¹⁰⁵.

Estas diferencias deberían comenzar a ser recibidas por la institucionalidad encargada de desarrollar normas relativas al *sexo* de las personas y su proyección en la convivencia social si el derecho aspira a regular las diferentes realidades vinculadas a la sexualidad¹⁰⁶.

3.2. La construcción social: el *género* de cada persona.

3.2.1. El concepto de *género*.

Por mucho tiempo el término *género* como categoría social, sólo se usaba en relación a temas que tenían que ver con las mujeres, los niños o con las cuestiones sobre la familia o lo doméstico, con lo cual todo aquel que pretendiera abordar un cierto tema desde un “enfoque de género” era prontamente calificado de “feminista” o, al revés, quien siéndolo quería desprenderse de la etiqueta de “feminista” usaba la expresión *género* en sus análisis aspirando a que sonara más neutral y objetivo.

Cuando los temas de análisis eran la política - y por tanto el poder y la guerra como elementos centrales de ella o la misma sociedad - la historia de la humanidad o la economía, por ejemplo, el tema del *género* pareció estar ausente por años, lo que se explica por esta asimilación de que el *género* era una categoría sólo aplicable a las mujeres y sus asuntos, casi como si hablar de “estudios de género” o “enfoques de género” fuera sinónimo de “estudios sobre mujeres”, al modo de cómo los blancos creían que la categoría *raza* no se refería a ellos - que son el grupo dominante - sino a los que tienen la piel negra.

Si se mira entonces el discurso de los principales exponentes de muchas disciplinas, incluidas como he dicho la política, la historia universal y la economía - pero también las relaciones internacionales y el propio derecho internacional - las referencias al *género* como categoría de análisis están totalmente ausentes del debate hasta bien entrado el siglo XX.

¹⁰⁵ Barra, E., *Psicología de la sexualidad* (cit.), pp.202-203.

¹⁰⁶ Un ejemplo se encuentra en el proyecto uruguayo para regular el cambio de nombre en los documentos de identidad por parte de personas transgénero. Este proyecto de ley, aprobado en la Cámara de Diputados en septiembre de 2009 y en actual tramitación en el Senado de ese país permite este cambio basándose en que: “*toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a la propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro*”. Por su parte, la Ley española 3/2007, de 15 de marzo de ese año, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, habla de “...*disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial*...”.

La categoría *género* irrumpe entonces en la segunda mitad del siglo XX a partir de los estudios de las llamadas *feministas*, deseosas en alguna medida de desprenderse de esa etiqueta, transformándose así en una nueva categoría social con fuertes relaciones con el poder y su distribución social.

Como bien explica la historiadora Joan Scott al referirse a este primer enfoque de la expresión *género*, con ella parece querer de mejor manera expresar la terminología científica de las ciencias sociales, que las expresiones ligadas al feminismo. En esta acepción, género no lleva en sí mismo una idea de desigualdad o poder, ni nombra al bando invisible y oprimido. Agrega que género incluye a las mujeres sin nombrarlas y con ello parece no plantear amenazas críticas. Este uso es parte de lo que llama la búsqueda de legitimidad académica por parte de las estudiosas feministas en la década de los ochenta¹⁰⁷.

Sin embargo, hoy el *género* es mucho más que eso.

Se ha convertido en una categoría social usada para explicar muchos de los fenómenos humanos, como surge de un trabajo que es considerando frecuentemente en la literatura multidisciplinar como referente en los estudios sobre el concepto de género, aún cuando su fin parece era servir a la comprensión del uso de la categoría a los estudios históricos.

Siguiendo entonces a Scott hay que afirmar que el género se ha transformado en una palabra útil a medida que los estudios sobre sexo y sexualidad han proliferado, porque ofrece un modo de diferenciar la práctica sexual de los roles sociales asignados a hombres y mujeres. El uso de la idea de género pone de relieve un sistema completo de relaciones, que puede incluir el sexo pero no está directamente determinado por el sexo o es directamente determinante de la sexualidad¹⁰⁸ y en que no parece ser posible entender que todo lo que tenga ver con mujeres sea un mundo aparte a lo que se relaciona con los hombres como si se tratase de esferas separadas sin relación entre sí.

La misma autora propone una definición que me parece útil pues no sólo abarca estos aspectos distintivos entre hombres y mujeres sino también involucra la incidencia del género en las relaciones de poder, relaciones que en muchos casos llevan a desigualdad social y consecuente discriminación.

Dice Scott que su definición tiene dos partes y varias subpartes. Están interrelacionadas, pero deben ser analíticamente distintas. El núcleo de la definición reposa sobre una conexión integral entre dos proposiciones: primero, que el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en las diferencias que distinguen los sexos y en segundo lugar, que el género es una forma primaria de relaciones significativas de poder.

En la primera proposición incluye cuatro elementos interrelacionados. En primer lugar, símbolos culturalmente disponibles que evocan múltiples representaciones, a veces contradictorias, dando como ejemplo a Eva y Maria, como símbolos de la mujer en la tradición cristiano-occidental,

¹⁰⁷ Scott, J.W., "Gender: A useful category of Historical Analysis", en *American Historical Review*, 91, 1986, p. 1056.

¹⁰⁸ Scott, J.W., "Gender: A useful category of Historical Analysis" (cit.), pp. 1056-1057.

pero también que evocan mitos de luz y oscuridad, de purificación y contaminación, de inocencia y corrupción. En segundo término, conceptos normativos que manifiestan las interpretaciones de los significados de los símbolos, es un esfuerzo por contener las posibilidades metafóricas. Estos conceptos se manifiestan en doctrinas religiosas, educativas, científicas, legales y políticas, que afirman de forma unívoca el significado de hombre y mujer, de lo masculino y de lo femenino. Sobre esas construcciones se asume lo que es correcto y pocas veces se da el espacio para lo que se manifieste o construya como diferente, dando como ejemplo el rol de la domesticidad que dio por sentado la ideología victoriana. En tercer lugar, las instituciones y las organizaciones sociales son otro aspecto del género, estimando que el género no sólo debe hacer referencia al parentesco, sino también a otras instituciones como el mercado de trabajo, la educación y la política. Finalmente, para la autora el cuarto elemento del género es la identidad subjetiva en que parece mostrarse a favor de la aculturación como influyente en los procesos de formación identitarios. Estos cuatro elementos operan de manera relacionada entre sí, no siendo posible determinar precisamente cuáles son estas relaciones sin un mayor análisis, al que la investigación histórica podría dedicarse según Scott.

En cuanto a la segunda proposición, que el género es una forma primaria de relaciones significativas de poder, es a partir de ella sobre la cual Scott teoriza sobre el género. Entendiendo que no es el único campo en que ello ha ocurrido, sí afirma que el género ha sido una forma persistente y recurrente de facilitar la significación del poder en las culturas y tradiciones que llama occidental, judeo-cristiana e islámica, y luego entra a graficar desde el ejemplo del poder político sus aseveraciones sobre la utilidad de la categoría *género* como parte del análisis¹⁰⁹.

Resumiendo lo expuesto y tomando por base los aportes de Scott y otros autores consultados es posible afirmar que el *género* es hoy una construcción social compleja, que ha nacido como oposición a los determinismos biológicos que lleva consigo la idea de *sexo* y se refiere a los contenidos o aspectos sociales de lo que es *masculino* o *femenino* y su incidencia en las relaciones de poder.

El *género* habla en lenguaje de *masculinidad* y *feminidad*, en código de lo que significa ser varón o ser mujer en una sociedad determinada. Sin duda es cuando se habla de *género* cuando la intensa relación entre lo biológico, lo psicológico y lo social de la sexualidad se manifiesta más claramente.

A partir de estas ideas que tomo como marco deben hacerse nuevas precisiones conceptuales y analíticas, importantes a la hora de determinar cómo el *sexo* o el *género* inciden en la desigualdad social y pueden ser causa de discriminaciones individuales o colectivas. Me refiero a las construcciones de lo que es el *rol*, la *representación* y evidentemente a la *identidad de género*.

¹⁰⁹ Scott, J.W., "Gender: A useful category of Historical Analysis" (cit.), pp. 1067 y sgtes.

3.2.2. El rol de género.

La idea de *rol de género* “se refiere al aprendizaje y puesta en práctica de las prácticas sociales asociadas a un determinado género. El contenido concreto de estas prácticas puede variar enormemente en distintas culturas, o incluso dentro de una misma cultura. En este sentido se puede también tener una identidad de género (como, por ejemplo, “soy hombre”) que se contradice con un rol de género (como “me pongo una falda”). Tal es el caso de lo que se conoce habitualmente como travestismo. Una variante de esto puede ser el *drag*”¹¹⁰.

En otras palabras, se trata del conjunto de normas o expectativas culturalmente definidas, que precisan la manera en que las personas de un género deben comportarse¹¹¹.

Esto en buena medida tiene que ver, como dice Janet Shibley Hyde, con la manera en que se espera que se comporten los hombres y las mujeres y por supuesto el determinado *rol de género* influirá en la *conducta sexual* de las personas que se define para esta autora como el comportamiento que produce excitación y aumenta la posibilidad del orgasmo¹¹².

Así por ejemplo cita una obra, para las mujeres pertenecientes al grupo étnico de las “anglo estadounidenses” se tiene como *rol de género* asignado el de ser atractivas, inteligentes, egoístas, agradables y amistosas, de cabello rubio o claro y sociables; mientras que para las mujeres pertenecientes al grupo étnico de las “afro estadounidenses” se le asigna el rol de hablar a gritos, tener piel oscura, ser hostiles, atléticas, agradables y amistosas, insolentes y sociables¹¹³.

En buena medida esto es parte y razón de la estigmatización de que son parte cada uno de los sexos en las diferentes culturas, lo cual hace a veces muy difícil para unos u otras mantener su *identidad* a partir de rasgos que no se consideran *típicamente masculinos* o *típicamente femeninos*.

En el caso de los hombres, para la cultura occidental - tomada en el general sentido que le he dado - éstos deben ser rudos, fuertes, competidores y exitosos profesional y económicamente, como principales signos visibles de *masculinidad*.

Así las cosas, la presencia de gestos de sensibilidad extrema o manifestaciones de las emociones, o el fracaso económico o profesional, pueden conducir al calificativo de “poco masculino” con la consiguiente condena social que ello puede traer¹¹⁴.

Evidentemente en la construcción y en el aprendizaje de un cierto *rol de género* es cuando la influencia del medio es más evidente que nunca. Específicamente, de los padres, los educadores y también los propios grupos de pares con quienes nos relacionamos desde la infancia, los que de

¹¹⁰ Macionis J. y Plummer K., *Sociología (cit)*, p. 308.

¹¹¹ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.335.

¹¹² Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.3.

¹¹³ Niemann, Yolanda E., et.al. (1994), Use of free responses and cluster analysis to determinate stereotypes of eight groups, en *Personality and Social Psychology Bulletin*, 20, 379-390, citado por Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p. 336.

¹¹⁴ Sobre esta cuestión y la llamada “nueva masculinidad” en cuanto enfoque de liberación masculina que busca salir de los parámetros clásicos de descripción de lo masculino a partir de esa estereotipada consideración de ser el “sexo fuerte”, véase Riso, W., *La afectividad masculina (cit.)*.

manera consciente o inconsciente van moldeando el rol que se supone tiene que corresponder a los niños y niñas a través de las palabras, los juguetes, las acciones¹¹⁵.

La construcción de un determinado rol de género es un simple ejemplo que sirve para ratificar mi adscripción a quienes afirman que la sexualidad no es sólo individual sino que se construye social y culturalmente.

Efectivamente, no es lo mismo lo *femenino* o lo *masculino* en la sociedad de los Estados Unidos de América que en la sociedad de Afganistán.

Ahora bien, además de su incidencia en la conducta sexual, el *rol de género* que asigna una sociedad a sus integrantes de los sexos contribuye en la forma que se desarrollan las relaciones de poder.

Esto va en íntima relación con la tradición del mundo occidental de otorgar un rol subordinado a lo *femenino* frente a lo *masculino* y que estará en la base en la formación de los movimientos reivindicativos a favor de la mujer que se basan en la concepción andocéntrica del mundo que tradicionalmente ha considerado a la mujer dentro del mundo de lo privado y al hombre en el marco de los asuntos públicos o políticos.

3.2.3. La representación de género.

La *representación de género*, en tanto, es otro concepto recurrente en la literatura multidisciplinar y ella “se refiere a la manera en que el individuo expresa su masculinidad o feminidad”¹¹⁶.

En otras palabras, la representación de género, también referida como *expresión de género*, tiene que ver con el modo en que las personas se manifiestan o expresan en términos de *género*, cualquiera sea la identidad que tengan.

Nuevamente acá las diferencias entre culturas son determinantes.

Así por ejemplo, para algunos el vestuario; los juguetes en la infancia (muñecas para chicas y autos para chicos); el uso de maquillajes o de algún tipo especial de accesorios en el cuerpo (como pendientes, anillos o collares); los cortes de cabello o aún el uso de ciertos colores (azul para los niños y rosa para las niñas) son formas en que el individuo manifiesta que se siente perteneciente a uno u otro *género*.

En materia de discriminaciones la *expresión de género* es causa mayor incluso que la propia *identidad de género* para tales desigualdades y aún para conductas violentas pues justamente se trata de la visibilización del *género* como cada una o cada uno lo sienta y que puede no corresponder a los estándares establecidos por el medio cultural respectivo, es decir, no corresponder con el *rol de género* que le vendría asignado.

¹¹⁵ Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.), pp. 136-142.

¹¹⁶ Maconis, J. y Plummer, K., *Sociología* (cit), p. 308.

Efectivamente, muchas veces ocurre que en ciertos medios algunas *expresiones de género* van asociadas ineludiblemente en el imaginario social con marginalidad, delincuencia, prostitución, SIDA o drogas y llevan aparejada muestras de ser consideradas ridículas y no aceptadas lo que se transforma en una manifiesta discriminación en el goce y ejercicio de la libertad de expresión en cuanto derecho humano pudiendo llegar a configurarse entornos sociales de una verdadera discriminación sistemática o hasta de carácter estructural¹¹⁷.

3.2.4. La identidad de género.

Las ideas de *rol de género* y *representación de género* llevan a su vez a una tercera que es lo que se suele llamar como *identidad de género* y se refiere al estado psicológico en que está una persona cuando se dice mujer u hombre.

Sin duda para la construcción de una *identidad de género*, la sociedad de desarrollo es determinante a partir del *rol de género* que asigna a cada cuerpo sexuado. Lo frecuente será que la propia sociedad ayude a moldear esa identidad en conformidad a ese rol. Así, lo normal - en sentido de frecuencia - será que en una sociedad como la occidental una mujer desarrolle todas las conductas que el *rol de género* le atribuye y por tanto viva y se sienta plenamente como una *mujer* y se califique plenamente con una identidad *femenina*.

En otras palabras, la *identidad de género* supone poner en juego “sentimientos, actitudes, modelos de identificación o de rechazo que se incorporan a través de todo el ciclo vital y que supone un proceso de afirmación *frente a* o de *distinción* en relación a los demás. En este caso la identidad genérica funciona como un criterio de diferencia entre varones y mujeres y de pertenencia o adscripción a unos modos de sentimientos y comportamientos que en una sociedad concreta se han definido como femeninos o masculinos”¹¹⁸.

Cuando esta asociación no se produce de manera natural es cuando la sexualidad de cada uno empieza a influir fuertemente en las relaciones de poder de una sociedad determinada.

Uno de los casos en que se presenta la disociación entre un *rol de género* y la *identidad de género* es el de los *transexuales* o *transgéneros*, es decir, quienes creen ser mujer teniendo los atributos físicos de un hombre o al revés: “las personas que sienten que pertenecen a un sexo aunque desde el punto de vista biológico pertenezcan a otro...”¹¹⁹. Es decir, creen que han nacido en el cuerpo del otro *género*.

Si bien muchos consideran que la transexualidad puede ser una severa variación del comportamiento sexual, tratada incluso aún como un desorden mental para la Asociación

¹¹⁷ Véase en el Capítulo 2º el tema “Distintas formas de Discriminación”.

¹¹⁸ Maqueira D'Angelo, V. “Género, diferencia y desigualdad”, en Beltrán, E. y Maqueira, V. (Eds.) Alvarez, S. y Sánchez, C., *Feminismos: Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2001, p. 168.

¹¹⁹ Macionis J. y Plummer K., *Sociología (cit)*, p. 308.

Americana de Psiquiatría y para la Organización Mundial de la Salud¹²⁰, comparto con que se trata de una cuestión vinculada a la *identidad de género* del individuo en un juicio que comparte buena parte de la literatura consultada y que será entonces mi opción en este trabajo.

Esta alternativa parece justificada porque está demostrado que la transexualidad no tiene que ver directamente con la *orientación sexual*, pudiendo existir transexuales que se sientan atraídos por hombres, por mujeres, o por ambos sexos, o aún existir aquellos para quienes lo *sexual y erótico* no tiene tanta relevancia.

Al tratar este tema se usa frecuentemente la expresión *disforia de género* para referirse a todos los transexuales, expresión que significa infelicidad e insatisfacción con el propio cuerpo.

En esta línea que lo asocia a la cuestión del género, muchos hablan de que constituyen un tercer género, además del *masculino y femenino*, pues la disforia sobrepasa los límites tradicionales de ambas construcciones.

Pueden existir dos tipos de transexuales; los que nacen con cuerpo de hombre pero tienen identidad femenina (es decir, transexuales de varón a mujer, también conocidos como *mujeres trans*) y aquellos que nacen con cuerpo de mujer pero sienten identidad masculina (es decir, transexuales de mujer a varón, también conocidos como *hombres trans*)

Frente a estos casos de *identidad de género*, lo que se ha desarrollado socialmente es lo que se conoce como el “proceso de reasignación de género”, popularmente conocido como “cambio de sexo”, y que es un proceso complejo que en no todos los casos puede culminar con la intervención quirúrgica que supone la modificación del aparato genital, estadio al que hay que llegar cuando el “diagnóstico” es definitivo, por el carácter irreversible que tendría este proceso. Previo a ello suelen darse etapas necesarias como la orientación psicológica, la terapia hormonal y la inserción en la vida social real a partir de la nueva *identidad de género* que se persigue.

Las personas conocidas en el medio disciplinar como *intersexuales* por su especial condición de nacimiento constituyen también un grupo sujeto a enormes problemas a la hora de la definición de una *identidad de género* y constituyen sin duda uno de los grupos más estigmatizados socialmente.

¹²⁰ Efectivamente, en el conocido manual DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) que prepara la *American Psychiatric Association* (Asociación Americana de Psiquiatría) y que es usado como clasificación estándar por los profesionales de la salud mental en los Estados Unidos respecto de los desórdenes mentales está considerada como un trastorno psicológico que demanda terapia. Hay que decir en todo caso que la versión actual data de 2000 (DSM-IV-TR), año en que se revisó la versión IV original de 1994 (DSM-IV) y que para el año 2012 se espera la quinta versión del DSM, a partir de un proceso de revisión que empezó en 1999 y en el marco del cual podría suprimirse esta consideración. Véase <http://www.psych.org/MainMenu/Research/DSMIV/DSMV.aspx> (último acceso: 14 de diciembre de 2009). Por su parte, en la Organización Mundial de la Salud se trabaja con la llamada Lista de Códigos CIE-10, Clasificación Internacional de Enfermedades, (ICD en inglés, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems*) que provee la lista de códigos para clasificar las enfermedades y sus signos, síntomas, hallazgos, denuncias, circunstancias y causas para efectos referenciales mundiales de mortalidad y morbilidad y en general para fines de salud pública. Esta décima revisión fue adoptada en 1990 y se encuentra en proceso de revisión desde 2007 esperándose una nueva para el 2015, habiendo desarrollado algunos países sus propias listas sobre esas bases. Bajo el capítulo V, con el código F64, se encuentra a los trastornos de la identidad de género y entre ellos a la transexualidad (F64.0), el travestismo (F64.1) y el trastorno de identidad de género de la infancia (F64.2). Acá se define a la transexualidad en los siguientes términos: “A desire to live and be accepted as a member of of the opposite sex, usually accompanied by a sense of discomfort with, or inappropriateness of, one’s anatomic sex, and a wish to have surgery and hormonal treatment to make one’s body as congruent possible with one’s preferred sex”. Véase <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/> (último acceso: 14 de diciembre de 2009)

Normalmente no son considerados en los datos demográficos oficiales, tienen serios problemas para insertarse laboralmente y muchas veces sufren también el rechazo de sus propias familias y ponen en jaque todo el desarrollo normativo que se haga a partir de la clásica distinción entre lo *masculino* y lo *femenino*¹²¹.

Su rechazo encuentra máxima expresión en el fenómeno de la *transfobia* que se puede conceptualizar sobre la base de lo que se entiende por otras fobias como el miedo o la hostilidad irracional hacia las personas transgénero o hacia todos aquellos y aquellas que salen de la clásica dicotomía *masculino/femenino*.

Las noticias y denuncias públicas que cada vez salen a la luz con más fuerza en los medios nacionales e internacionales dan cuenta que la transfobia se manifiesta en violencia estudiantil (*bullying sexual*¹²²), acoso sexual o laboral, o simplemente en la negación de derechos más elementales, envolviendo tras ella el riesgo de llegar a ser el móvil para lo que se da en llamar en la doctrina y algunos ordenamientos jurídicos como *crímenes de odio* (*hates crimes*).

Las causas que producen la *transexualidad* o la *intersexualidad* están lejos de ser claramente determinadas y su estudio excede con mucho al objeto de este capítulo inicial por carecer de herramientas suficientes para dar con “la” o “las” únicas causas que la producen, asumiendo entonces la multicausalidad como premisa en el tema¹²³.

Lo que realmente interesa a este trabajo no es esta cuestión de las causas sino todos los efectos que produce la *disforia de género* y la eventual reasignación de *sexo* y *género*, tanto individual como socialmente puesto que constituyen uno de los principales temas en la agenda jurídica de la *sexualidad* en estos tiempos.

Desde el punto de vista normativo, cómo se refleja a tales fines la identidad de un *transexual* o de un *intersexual* es uno de los clásicos problemas sobre la sexualidad sin respuesta clara en el

¹²¹ Conocido en los estudios de sexualidad es el caso del David Reimer, un canadiense que en 2004 se suicidó a los 38 años tras no ser capaz de seguir soportando su condición de transgénero. Reimer, quien nació como Bruce Reimer, inició su transformación en Brenda Reimer el año 1967 luego de que por un error médico en el proceso quirúrgico de circuncisión le quemaran su pene. El médico John Money era famoso en esos años por sus teorías sobre la indefinición del sexo y la posibilidad de cambiar el sexo de una persona durante el desarrollo de su vida por lo cual los padres de David se contactaron con el médico y transformaron a su hijo en un verdadero conejillo de indias de los experimentos de Money para probar sus teorías, en la cual no tenía consideración ni cabida la voluntad del niño -ahora convertido en Brenda- ni de su hermano Brian, que sirvió para el control de las pruebas y quien se suicidaría años antes, en 2002. El proceso de cambio de sexo incluyó una operación de castración y la construcción de una fisura vaginal con el resto de tejido junto a un tratamiento hormonal a que se sometió voluntariamente para mejorar su calidad de vida como mujer. Ya en la adolescencia y viendo lo atormentada de su vida los padres confesaron a su hija que había nacido como chico. Años después Brenda se sometería voluntariamente a nuevas operaciones, esta vez para la reconstrucción de un pene, adoptando así la identidad de un hombre: David Reimer. Pese a ello y haberse casado con una mujer a los 23 años, nunca pudo superar los traumas de este proceso en que otros decidieron sobre su sexo. Fuente: Artículo de prensa “David no aguantó ser Brenda” en Suplemento de Salud de “El Mundo”, de 15 de mayo de 2004. Disponible en: <http://www.elmundo.es/salud/2004/572/1084572003.html> (último acceso: 23 de agosto de 2009)

¹²² El 28 de julio de 2009 salió a la luz pública local e internacional la situación de violencia física y psicológica que vive un menor chileno de 16 años por el rechazo que causa su identidad transexual masculina. La situación fue denunciada valientemente por el niño y su familia con apoyo del Movimiento Chileno de Minorías Sexuales (MOVILH) al resultar con serias secuelas de todo orden derivadas de una brutal agresión física y las amenazas por “hacerlo mujer” recibidas de sus compañeros de colegio. Fuente: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=771&Itemid=1 (último acceso: 2 de agosto de 2009)

¹²³ Un interesante estudio de aproximación al tema de las intersexualidades en óptica médica estuvo en España dado por el trabajo del endocrinólogo Gregorio Marañón. Sobre el particular véase Gregori, N. “Sexos y Deseos inapropiados”, en Tellez, A. y Martínez Eloy, J (Coordinadores), *Sexualidad, Género, Cambio de Roles y Nuevos modelos de Familia*; Edita (SIEG) Seminario Interdisciplinar de Estudios de Género del vicerrectorado de Estudiantes y Extensión Universitaria de la Universidad Miguel Hernández, España, 2008.

derecho, que se vuelve aún más complejo cuando la sociedad se enfrenta al nacimiento de bebés que presentan una ambigüedad en sus genitales y son los padres quienes deben decidir como identificar física y síquicamente a esa criatura.

Sin duda esta cuestión es relevante a efectos por ejemplo, de las enmiendas a las partidas de nacimiento de estas personas, su derecho o no a contraer matrimonio y los efectos de estas uniones, la posibilidad de someterse a tratamientos asistidos para la procreación y a un sistema adecuado de cuidado y rehabilitación de su salud sexual, por citar algunos complejos temas.

3.3. La conducta sexual: la *orientación sexual* de cada persona.

Teniendo ya una idea clara de las diferencias que se pueden encontrar al perfilar los límites de los conceptos de *sexo* y *género*, toca ahora referirse a un tercer componente de la *sexualidad*, directamente vinculado también con la formación de la *identidad sexual* de cada persona.

Me refiero claramente a la *orientación sexual* de cada individuo la que es parte a su vez de las conductas sexuales que todos desarrollamos en nuestra vida, sea personalmente, sea en pareja o sea en el marco de las relaciones de familia.

Por conductas sexuales entenderé en este trabajo todas aquellas manifestaciones o decisiones del actuar humano que derivan de su sexualidad o se proyectan en ella. Por tales estoy entonces incluyendo todas aquellas acciones u omisiones, aquellos comportamientos humanos, individuales o colectivos, que tienen que ver directa o indirectamente con algún aspecto de la sexualidad y entre los cuales evidentemente la *orientación sexual* juega un especial papel.

Además de ella en todo caso, dentro de lo que llamo *conducta sexual* de cada persona pueden encuadrarse las distintas manifestaciones del comportamiento sexual; las variaciones de este comportamiento sexual; la coerción sexual o violación y el acoso sexual; el comercio sexual; los trastornos sexuales; las enfermedades sexuales; la procreación humana y a su vez dentro de ella las opciones de reproducción artificial, la anticoncepción y el aborto.

Como adelanté en párrafos anteriores, por la naturaleza de esta investigación centraré mis apreciaciones en la formación de una idea clara de lo que es la homosexualidad, sea femenina o sea masculina, y sólo haré algunas referencias a las otras conductas mencionadas que estimo relevantes de incluir pues es necesario acercarse a una comprensión, por esencial que sea, si se quiere entender realmente los problemas de discriminación que padecen las personas por su *género* o su *orientación sexual*.

3.3.1. La orientación sexual.

3.3.1.1. Precisando el concepto de *orientación sexual*.

Como antes ya anuncié, las cuestiones y precisiones sobre el *sexo* y el *género* no deben confundirse con lo que es *sexual* y *erótico* que llevan a su vez a muchas otras cuestiones, entre ellas al tema de la *orientación sexual*.

“Mientras que el sexo y el género implican el empleo de un lenguaje relacionado con lo masculino y lo femenino, para lo sexual y lo erótico se emplea un lenguaje del deseo: la heterosexualidad, la homosexualidad, el sadomasoquismo y otros términos. Este otro lenguaje está más relacionado con las actividades y parejas sexuales. Lo erótico tiene también un sustrato biológico, como, por ejemplo, el orgasmo y los cambios fisiológicos que se experimentan durante el proceso de excitación, pero la mayor parte de lo que hace a la sexualidad humana diferente procede de su carga simbólica y social. A menudo la identidad de género (“soy un hombre”) se emplea como base fundamental de lo erótico (“por lo tanto soy un heterosexual al que le gustan las mujeres”), pero no tiene porqué ser así. La mayor parte de los hombres homosexuales no tienen dudas sobre ser hombres, pero se sienten inclinados eróticamente hacia miembros del mismo sexo. En ese sentido es un error frecuente asociar la homosexualidad masculina con el afeminamiento”¹²⁴.

Algunos sociólogos contemporáneos están de acuerdo en que la *orientación sexual* entonces tiene que ver “con el sentido de la atracción sexual o amorosa de una persona”¹²⁵.

Desde un prisma psicológico en tanto, la *orientación sexual* sería la “tendencia interna y estable que provoca tener reacciones psicológicas de tipo sexual, así como el deseo de mantener conductas sexuales con personas de diferente sexo o del mismo sexo”¹²⁶.

En esta idea se incluiría la distinción entre la *orientación sexual como la atracción simplemente hacia alguien del mismo sexo o hacia personas de ambos sexos*, la dirección de los afectos sexuales, sin que importe realmente su conducta; de lo que es la *orientación sexual como conducta elegida*, en que una persona pese a tener atracción por alguien del mismo sexo puede optar o no por manifestarla en una conducta exterior determinada, cuestión no menor desde la óptica del derecho y por ejemplo, desde la doctrina católica que proclama no la condena a la homosexualidad como atracción sino a las conductas homosexuales como ya se explicó al presentar la visión de la doctrina católica sobre la homosexualidad.

¹²⁴ Macdonis, J. y Plummer, K., *Sociología (cit)*, p. 308.

¹²⁵ Giddens, A., *Sociología (cit.)*, p.434.

¹²⁶ Baile Ayensa, J.L., *Estudiando la Homosexualidad. Teoría e Investigación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2008, p. 30.

3.3.1.2. Reconociendo las distintas *orientaciones sexuales*.

Tradicionalmente la *orientación sexual* puede ser de tres tipos.

La más común es la *heterosexualidad*¹²⁷, que supone la atracción amorosa o sexual por personas del sexo opuesto. Esta es en efecto la situación “normal”, entendiendo en este caso lo “normal” como sinónimo de más frecuente o general, sin ninguna connotación peyorativa o valórica hacia lo que no sea “normal” en este sentido.

La *homosexualidad* en tanto es la atracción amorosa o sexual hacia personas del mismo sexo, usándose la expresión *gay*¹²⁸ para referirse a los homosexuales masculinos y *lesbiana*¹²⁹ para las homosexuales femeninas.

Etimológicamente viene del griego “homoios”, que significa “igual o semejante” y de la palabra “sexual”, lo que lleva entonces a la idea de comportamiento sexual entre individuos que tienen igual sexo. No viene en este caso la expresión “homosexual” del latín “homo”, que significa hombre, como se suele creer popularmente. La expresión arranca su origen, según muestra la mayoría de la literatura consultada, de la pluma del escritor germano-húngaro K. M. Kertbeny, quien hacia 1869 escribió un artículo contra el Código penal prusiano que penalizaba las relaciones sexuales entre hombres. En su texto, Kertbeny consideraba que había personas que de forma estable y natural se inclinaban sexual y eróticamente por las personas del mismo sexo. Sin embargo, la expresión se hizo famosa hacia el año 1880 en que Richard von Krafft-Ebing la incluyó en su enciclopedia sobre las desvariaciones sexuales, asociándola entonces a una enfermedad y a los aspectos clínicos de ella, para pasar luego en 1892 a integrar el *Oxford English Dictionary*.

Finalmente en cuanto a las distintas orientaciones sexuales hay que considerar a los *bisexuales*, que son quienes sienten atracción por personas de ambos sexos, aún cuando esa expresión en alguna época se usó para referirse a quienes he antes explicado que se llaman *hermafroditas*.

¹²⁷ *Hetero* proviene del griego y significa “otro” o “diferente”. Las personas heterosexuales son conocidas también como *bugas*.

¹²⁸ La expresión *gay* tiene un origen anglosajón que en sus inicios se usaba para calificar de “alegres y festivos” a ciertas personas y que hoy se usa de modo más o menos general para referir a los varones homosexuales, sin embargo, para algunos tienen diferencias. Como lo explica el Doctor en Psicología y Profesor de la Universidad Autónoma de Madrid, José Ignacio Baile, “Para algunos, persona homosexual sería un término fundamentalmente teórico y clasificatorio, y el término *gay* sería un concepto más social, y se referiría a aquella persona homosexual que vive su orientación sexual de una forma abierta, incluso con manifestaciones de orgullo”. Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la Homosexualidad* (cit.), p. 31.

¹²⁹ La expresión *lesbiana* viene de la isla griega de Lesbos, donde habría nacido la poetisa Safo, representante por antonomasia de las mujeres lesbianas ya que nunca ocultó su pasión por la mujeres. En su libro *Identidades Lésbicas*, la española Olga Viñuales aporta el antecedente de que existen otros nombres que se han usado a lo largo de los tiempos para designar a las lesbianas, siendo la más común la expresión *tribada*, derivada del griego *tribo*, *tribain*, que significa “frotar, frotarse” que se usó en general hasta la mitad del siglo XIX en que la literatura francesa acuñó la palabra lesbiana por su relación con Safo y su obra. Viñuales, O., *Identidades lésbicas*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000, p. 51.

3.3.1.3. Buscando las explicaciones a las distintas *orientaciones sexuales* y reconociendo su tratamiento.

Precisadas estas nociones hay que decir que en cada cultura la *orientación sexual* de los individuos que la integran es el fruto de las interacciones complejas entre ciertos factores biológicos y sociales.

Estas interacciones que forman la *orientación sexual* varían de sociedad en sociedad y a su vez han evolucionado en el tiempo encontrándose sí que la homosexualidad siempre ha estado presente en la condición humana.

Ejemplo clásico y demostrado de ello por varios autores consultados es la presencia de la homosexualidad masculina en el mundo de la Antigua Grecia¹³⁰, cuna de la actual cultura europeo-occidental, civilización para la cual las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo constituían el nivel más alto de las formas de amor. No se entendía que una relación así podía reemplazar al matrimonio entre hombre y mujer, pero sí se les otorgaba un gran valor entendiéndose que entre un hombre mayor y uno joven, el primero hacia las veces de “mentor” del segundo, enseñándole incluso sus derechos como ciudadanos y formándose entre ambos un lazo que luego de terminarse por el matrimonio heterosexual con el que se constituía una familia, se transformaba en una profunda amistad¹³¹.

No debe perderse de vista que célebres hombres y mujeres de la historia se han declarado - o de ellos se ha sabido documentadamente luego - que eran lo que hoy se conoce como *gays* o *lesbianas*.

Pienso por ejemplo en intelectuales como Sócrates o Platón; en guerreros como Alejandro Magno, Julio César, Tokugawa, Felipe de Orleans I o T.E. Lawrence (conocido como Lawrence de Arabia); en artistas inmortales por sus obras como Leonardo, Rafael, Miguel Angel, Cervantes, Shakespeare, Schubert, Chopin, Chaikovsky, Virginia Wolf u Oscar Wilde; en científicos modernos como Alan Turing; en intelectuales como Michel Foucault; o en deportistas de elite como Martina Navratilova¹³².

Además, ya en la década de los 40 del siglo pasado, los informes de Kinsey demostraron que las prácticas *homosexuales* y las personas que se consideraban tales eran mucho más frecuentes de lo que se creía a esa época.

¹³⁰ Aún cuando un autor ha dicho que para algunos sería un anacronismo hablar de “homosexualidad” griega por tres razones principales: 1) porque el término aparece hasta 1892 en el *Oxford English Dictionary*; 2) porque el concepto “homosexual” tal como ahora se entiende no puede remontarse más allá del siglo XVIII, antes de esa fecha sólo había invertidos sexuales de diferentes clases y en un plano general; 3) porque las sexualidades son construcciones culturales específicas, soluciones artificiales a un factor natural, por ende, no puede existir una “historia natural de la homosexualidad”. Méndez, V.H. “Ganímedes en la Academia (la homosexualidad en las filosofías de la Grecia clásica)”, en Zegers, B.; Larraín, Ma. Elena y Bustamante, F., *Sobre la Homosexualidad*, Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, 2007, p. 47.

¹³¹ Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.) p. 21.

¹³² A esta lista bien vale sumar los que se han incorporado en el siglo XX y lo que va del XXI, especialmente desde el mundo del espectáculo, como los actores y cantantes Rock Hudson, Richard Chamberlain, Ellen DeGeneres, Rupert Everett, Ian McKellen, Jodie Foster, George Michael o el puertorriqueño Ricky Martin, todos famosos por sus excentricidades y en buena medida por su orientación sexual públicamente develada en algún momento de sus carreras.

Considerando por otro lado que los heterosexuales han sido y siguen siendo la mayoría numérica en la especie humana, ha sido principalmente la *homosexualidad* la que ha sido analizada desde diversas ópticas cuando se habla de *orientación sexual* y es, sin duda, uno de los temas más relevantes al hablar de sexualidad, desigualdad y discriminación.

Un rasgo que se suele destacar por los especialistas a la hora de tratar de conceptualizar la *homosexualidad* es que esta atracción o preferencia por las relaciones con el mismo sexo debe ser permanente y que las prácticas sexuales y eróticas de tipo homosexual se realicen aún cuando se tuviera la opción de tenerlas con personas del otro sexo.

Esto no es menor pues lo que quiere graficar es que no necesariamente puede ser calificado de *homosexual* alguien por el hecho de haber tenido un encuentro sexual con otro/a del mismo sexo si esto respondió a una situación puntual promovida por alguna razón también específica, como por ejemplo el deseo de experimentar una “nueva” sensación o aquella situación en que dos personas del mismo sexo comparten por mucho tiempo en un mismo lugar y se sienten motivadas a satisfacer sus deseos sexuales entre sí, por ejemplo, una relación sexual que surge voluntariamente entre dos personas del mismo sexo que se encuentran privadas legalmente de su libertad.

Asimismo, tampoco es decisiva la efectiva práctica de relaciones con el mismo sexo. Puede ser el caso de un joven que se sienta decididamente atraído por otros jóvenes pero sin que haya consumado esa atracción y afecto en un acto sexual, pero todas sus fantasías y sueños eróticos giren en torno a personas de su mismo sexo.

Así las cosas, me parece integradora la definición que propone Baile: “la homosexualidad es la tendencia interna y estable a desear afectiva y sexualmente a personas de igual sexo, con independencia de su manifestación en prácticas sexuales”¹³³. Esta definición integra las dos visiones que se manifiestan sobre la homosexualidad: la atracción hacia alguien del mismo sexo y la realización efectiva de actos sexuales en tal sentido.

Hasta bien entrados los primeros años del siglo pasado la homosexualidad era considerada una enfermedad siquiátrica por ir contra la naturaleza de la especie al impedir la reproducción que, evidentemente, no puede producirse a partir de este tipo de relaciones sexuales.

De hecho, en el siglo XVIII comenzó a tratarse como una enfermedad, en lo que Foucault ha llamado el proceso de “medicalización de la sexualidad”¹³⁴, tendencia que luego se seguiría por la ciencia médica, con el caso emblemático de Freud que las calificaba de “anormalidades” y hablaba que quienes eran homosexuales sufrían de “inversión sexual”, como da cuenta alguna literatura consultada.

¹³³ Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la Homosexualidad* (cit.) p. 34.

¹³⁴ Foucault recuerda en su *Historia de la Sexualidad* que “la categoría psicológica, psiquiátrica, médica de la homosexualidad se constituyó el día en que se la caracterizó - el famoso artículo de Westphal sobre las “sensaciones sexuales contrarias” (1870) puede valer como fecha de nacimiento - no tanto por un tipo de relación sexual como por cierta cualidad de la sensibilidad sexual, determinada manera de invertir en sí mismo lo masculino y lo femenino”. Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. I. La voluntad de saber*, Traducción de Ulises Guinazú, 2ª Edición argentina, revisada, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2008, p. 45.

En esa lógica, a tal “enfermedad” se le buscaron todo tipo de “curas y remedios”, desde operaciones quirúrgicas, pasando por terapias de electroshock, de medicamentos y psicoanálisis.

Recién en 1973, la *American Psychiatric Association* eliminó la homosexualidad de su reconocido Manual DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) usado como clasificación estándar por los profesionales de la salud mental en los Estados Unidos respecto de los desórdenes mentales, ya que la evidencia de años demostraba que la homosexualidad no era patológica¹³⁵. La iniciativa fue al tiempo seguida por la *American Psychological Association*.

En este marco y sin considerar acá la religión mayoritaria de cada sociedad y lo que ésta imponga o pretenda imponer en este aspecto de la sexualidad humana, lo cierto es que la homosexualidad, sea femenina o masculina, tiene distinta fundamentación, entendimiento y tratamiento desde el punto de vista social - y por cierto jurídico - en diversas culturas.

Por ejemplo, entre los chukchees de Liberia; entre los konyak, en Nagaland, estado al noreste de la India; entre los tanala de la gran isla de Madagascar; entre los siwanos en Africa; entre los kukukukuku, en las montañas de Nueva Guinea; entre losatak, en el norte de la isla de Sumatra, por citar culturas poco conocidas, las prácticas de carácter homosexual o bisexual son reconocidas y hasta esperadas entre sus miembros.

Desde lo jurídico, aún en muchos países laicos pero con mayoría cristiana se la penaliza, como ocurre indirectamente en Chile bajo la forma de entender muchas conductas homosexuales como actos que van contra el pudor y las buenas costumbres¹³⁶ o en algunos estados de Estados Unidos de América en que la homosexualidad se usa para tratar de obtener la máxima condena del sujeto acusado¹³⁷, aún cuando en el marco del pluralismo jurídico que significa el régimen federativo de ese país, en algunos estados está permitido el matrimonio entre homosexuales - pese a que bajo el amparo de la llamada Ley de Defensa del Matrimonio no se reconoce por el Gobierno Federal - como es el caso de Massachussets, desde 2004; Connecticut, desde 2008; Maine, Iowa y Vermont, desde 2009, y hasta hace poco y por alrededor de seis meses en 2008, California¹³⁸.

Dada la multiplicidad de aristas que tiene hablar de *homosexualidad* los desarrollos teóricos para tratar de explicar si el homosexual nace o se hace, han sido enormes; desde las que tienen un sustrato biológico y consideran - con matices evidentemente - que la homosexualidad tiene que ver

¹³⁵ El actual DSM IV sólo considera la homosexualidad como un transtorno mental si éste es lo que se llama *egodistónico*, es decir, si causa una angustia que sea clínicamente relevante y significativa, problemas de tipo social, laboral o alteraciones importantes en alguna otra área de funcionamiento.

¹³⁶ Desde hace años es cada vez menos silenciosa la voz de quienes reclaman en Chile que en función de su *orientación sexual* y las manifestaciones de afecto que buscan compartir con su pareja (los mismos besos y abrazos que los heterosexuales de profesan en lugares públicos sin escándalo para nadie) son detenidas por la policía bajo el paraguas que brinda el artículo 373 del Código Penal chileno, norma que data de 1874 y que permite una verdadera discriminación por parte de los operadores de lo penal en el país y frente a la cual las autoridades civiles no han tomado ninguna medida adecuada para que no se haga el uso y abuso de esta norma a que me refiero. El precepto citado señala que “*Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”. Sobre las denuncias formuladas en más de una ocasión por colectivos detenidos por la fuerza pública en base a tal norma y liberados luego por carecer de mérito la detención véase <http://www.opusgay.cl/1315/printer-33530.html>. (último acceso: 26 de octubre de 2008) Mayores antecedentes de esta cuestión en el Capítulo 4° bajo el tema “Una mirada al caso chileno”.

¹³⁷ Véase Shortnacy, Michael, “Guilty and Gay, a recipe for execution in American courtroom: Sexual Orientation as a tool for prosecutorial misconduct in death penalty cases”, en *American University Law Review*, Vol. 51: 309, 2001, pp. 309-365.

¹³⁸ Véase en el Capítulo 4° el tema “Una mirada al panorama mundial al término de la primera década del siglo XXI”.

con cuestiones como el desarrollo hormonal anormal del embrión y del feto, con una cuestión neuroanatómica, es decir, con la forma y funcionamiento del cerebro, o con un desequilibrio endocrino, por ejemplo, hasta las que analizan la cuestión desde una óptica psicoanalítica o social, entendiendo que la homosexualidad es un comportamiento aprendido socialmente.

El tema trae debate pues algunos sostienen que si se llegase a probar - lo que por cierto no ha ocurrido aún - que la homosexualidad es una cuestión netamente biológica y por tanto, involuntaria, no habría razón para discriminar a este grupo de personas, pues sería tanto como ser rubio o moreno, alto o bajo.

Sin embargo, esta misma posición se refuta con quienes indican que, de llegar a ser un tema biológico, sea innato o genético¹³⁹, habría que trabajar en “corregir” dicho “problema”, lo que podría conducir a temas tan complejos como la eugenesia o algún otro tipo de manipulación genética¹⁴⁰.

Siendo una discusión fascinante, desde la óptica de esta investigación y su fin último las causas de porqué existen los homosexuales no me parecen determinantes, aunque asumo que para alguien sí lo puede ser para poder afirmar su hipótesis de la negativa o aceptación a la opción de que dos *gays* o dos *lesbianas* puedan adoptar a un hijo o hija, tema si duda que es el que mayor polémica levanta cuando se trata de los derechos reivindicados por quienes se consideran homosexuales ya que involucra a un tercer sujeto, el infante, y los efectos que la paternidad homosexual, sea por hombres o por mujeres, puede traer en su desarrollo personal y social y por supuesto, la influencia que puede tener en su propia formación de *identidad sexual*, tema sobre el que debo decir acá que no habrían hasta ahora estudios concluyentes sea en sentido positivo o negativo, conforme la literatura consultada.

En efecto entonces, más allá del fundamento que se le quiera atribuir (si se nace o se hace) la existencia de los homosexuales, *gays* o *lesbianas*, es una realidad y también lo es la discriminación que muchas veces sufren en diversas esferas del desenvolvimiento de su vida, frente a la cual, por regla general, no será condicionante a favor o en contra la razón por la cual alguien manifieste tener determinada orientación sexual.

Por lo demás, no existe consenso ni en el mundo científico ni en el mundo social sobre las causas de la homosexualidad con lo cual no es este el trabajo destinado a pretender fijar una sola causa que explique porqué existen algunas personas que se consideran y viven una *orientación sexual* hacia el mismo sexo.

Como dice alguna doctrina, hoy en día, en las ciencias humanas (sociales, médicas, psicológicas...) se considera que casi todos los comportamientos normales o patológicos están

¹³⁹ Por innato se entiende aquello que proviene desde el nacimiento pero que no está asociado a un factor genético. Por genético se entiende aquello que viene determinado por los genes, es decir, desde la misma concepción y antes entonces del nacimiento. Por ejemplo, si un bebé nace con malformaciones porque su madre consumió drogas u otras sustancias dañinas durante el embarazo se hablará de que esas malformaciones son algo innato; sin embargo, la circunstancia de nacer con el pelo rizado es algo que viene en los genes.

¹⁴⁰ Un buen resumen sobre las principales teorías que buscan explicar la homosexualidad junto a una propuesta de modelo integrador se encuentra en Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la Homosexualidad* (cit.), pp. 73-120.

multideterminados, es decir, no existe una causa única que sea capaz de explicar un determinado comportamiento o tendencia de comportamiento o manifestación de salud, salvo contadas excepciones. Incluso determinaciones genéticas rotundas son matizadas, ampliadas, reducidas o anuladas por otras causas e influencias posteriores.

Con respecto a la homosexualidad se debe entonces tomar una postura también amplia, considerar que la orientación sexual también tiene un origen poli-causal, y que en su explicación intervienen diferentes causas y factores¹⁴¹.

Todo lo anterior es especialmente relevante en estos tiempos llamados por algunos como “posmodernos” y ayuda a situarnos en lo que es la construcción de la identidad de cada ser humano, proceso en que es básica la dinámica de *socialización* que cada uno experimenta y que se puede explicar sencillamente como la forma en que vamos creando o construyendo la idea que tenemos de nosotros mismos - y por cierto de los demás - a partir del juego de cinco ideas que, desde el punto de vista sociológico, ayudan a organizar nuestra vida cotidiana: la interacción, la identidad, el cuerpo, la emoción y la biografía¹⁴².

De este modo entonces y así como la construcción de una *identidad de género* y del *rol de género*, en los términos que antes he señalado, queda fuertemente condicionada por la sociedad y la cultura en la que se vive, ocurre algo similar con lo referido a la *sexualidad* de lo *erótico* y la *orientación sexual*, en cuya conformación interactúan el *género* y la aceptación o rechazo en la cultura respectiva de ciertas prácticas sexuales o eróticas, con la consecuente carga eventualmente discriminatoria en el goce y ejercicio de derechos.

Si a esto se suma el desarrollo de las fobias en muchas personas hacia quienes tienen una orientación sexual diversa a la de la mayoría, las conocidas *homofobia* o *lesbofobia*¹⁴³, la situación de discriminación se puede ver institucionalizada en prácticas y estructuras sociales determinadas.

Además, en esta cuestión de la *orientación sexual* debe tenerse en cuenta que los estereotipos juegan un rol decisivo. Por ejemplo, para la cultura “occidental” un hombre que se declare homosexual es normal y prontamente calificado de “afeminado”, haciendo una rápida confusión entre su *género* y su *orientación sexual*. Situación similar ocurre con las mujeres que se autocalifiquen de lesbianas que prontamente son tildadas de “masculinas”. Ambos son estereotipos que contribuyen a la discriminación de tales personas pues puede ocurrir que un varón posea todos

¹⁴¹ Véase Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la Homosexualidad* (cit.) pp. 107-108 y pp. 73-120.

¹⁴² Giddens realiza un importante estudio sobre esta cuestión en su obra “*Modernidad e Identidad del Yo. El Yo en la Sociedad en la época contemporánea*”, en que sugiere cómo están cambiando los procesos de socialización en el mundo moderno. Giddens, A., *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, Traducción de José Luis Gil Arístu, 2ª Edición, Ediciones Península, Barcelona, 1997.

¹⁴³ La homofobia es “una actitud de rechazo hacia quienes ponen en cuestión - con sus discursos o con sus prácticas - los roles de género o las expectativas sociales asociadas a ellos”. “Es una actitud de aversión y de hostilidad hacia los miembros de un grupo basada simplemente en su pertenencia a él, y en la presunción de que cada miembro posee las características objetables atribuidas al grupo. La naturaleza de esta actitud consta de cuatro características: a) sentimiento de superioridad respecto al diferente; b) deshumanización, o sentimiento de que el ‘otro’ es intrínsecamente diferente y extraño; c) sentimiento de ser merecedor de derechos, estatus y privilegios por esta en la posición correcta (raza, religión u orientación sexual); d) la convicción de que la existencia del diferente pone en peligro ese estatus, posición social o poder” Viñuales, O., *Lesbofobia*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002, pp.101-102. En el marco de lo anterior, la misma autora define la lesbofobia como aquella que “va dirigida fundamentalmente hacia las mujeres que reproducen actitudes o comportamientos pensados como propios del género opuesto...”, p. 111.

los rasgos de un *género* (y una *identidad de género*) masculina pero se sienta permanentemente atraído en lo afectivo y sexual por su mismo sexo.

Por otro lado, la *orientación sexual* no tiene porqué ser la misma durante toda la vida del individuo ni la exclusiva, es decir, no es estática y definitiva en el tiempo.

En efecto, puede ocurrir que alguien declarada y convencidamente homosexual luego comience a desarrollar también afectos en forma permanente por el otro sexo, o que sintiéndose homosexual plenamente, en algún momento mantenga una relación estable con alguien del sexo opuesto y modifique la dirección de sus afectos e intereses sexuales.

3.3.2. Nociones generales sobre otras conductas vinculadas a la sexualidad.

Como he enunciado, por conductas sexuales entenderé en este trabajo todas aquellas manifestaciones o decisiones del actuar humano que derivan de su sexualidad o se proyectan en ella.

Por tales estoy entonces incluyendo todas aquellas acciones u omisiones, aquellos comportamientos humanos, individuales o colectivos, que tienen que ver directa o indirectamente con algún aspecto de su sexualidad y en que pueden encuadrarse además de la orientación sexual las manifestaciones del comportamiento sexual; las variaciones del comportamiento sexual; la coerción sexual o violación y el acoso sexual; el comercio sexual; los trastornos sexuales; las enfermedades sexuales; la reproducción humana y aspectos vinculados a ella como las opciones de reproducción artificial, la anticoncepción y el aborto.

En un trabajo como el que realizo me parece necesario perfilar al menos los contornos de cada una de estas actitudes o manifestaciones derivadas de la sexualidad pues evidentemente ayudan al entendimiento de lo que ha sido el recorrido jurídico de la no discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual*.

3.3.2.1. Las manifestaciones del comportamiento sexual.

Como he dicho más arriba, la construcción de las nociones de *sexo* y *género* no tienen que ver directamente con la *sexualidad* de lo *erótico*.

En efecto, más allá de cual sea la construcción individual del *sexo* y del *género* que se reclamen para sí, la búsqueda de manifestar y satisfacer el deseo sexual es una constante de nuestra vida desde pequeños. De hecho, el instinto natural de succionar la leche materna es ya una prueba de esta búsqueda.

El erotismo así tiene que ver entonces con la satisfacción sexual a partir de la estimulación de los órganos o zonas erógenas, que son aquellas partes o “áreas del cuerpo que son particularmente sensibles a la estimulación sexual”¹⁴⁴.

Evidentemente los genitales en ambos sexos, y los pechos, en el caso de las mujeres, son las zonas erógenas por excelencia. Sin embargo también lo son en general los labios, el cuello, los muslos o aún zonas menos corrientes de asociar a la sexualidad, como la espalda, las orejas o el estómago, lo que sin duda varía de una persona a otra y por cierto de una cultura a otra.

Ahora bien, el erotismo y la búsqueda del placer sexual que representa se pueden lograr de modo individual o con otra persona.

En el primer caso se trata de una autoestimulación y se habla entonces de *autoerotismo* que tiene como manifestaciones más constantes en los diversos individuos la masturbación, las fantasías y los sueños eróticos.

En el segundo caso es cuando hablamos del sexo entre dos personas que corresponde la idea que se tiene por “normal” en muchas culturas a la hora de hablar de sexualidad. Sus principales manifestaciones son besarse, tocarse, estimularse recíprocamente los genitales u otras zonas erógenas y realizar el coito.

Sobre la masturbación se puede decir que en general las mujeres la realizan a través de la frotación del clítoris, así como de los labios externos e internos. En el caso de los hombres, estos se masturban rodeando con su mano el pene y utilizando un movimiento ascendente y descendente que estimula esa zona erógena y el resto del cuerpo. Se trata de una práctica de autoestimulación que por años ha merecido reparos en algunas sociedades por influencia especialmente de la doctrina de la Iglesia Católica que la ha condenado formalmente¹⁴⁵: “...la masturbación constituye un grave desorden moral...es un acto intrínseca y gravemente desordenado”¹⁴⁶. No obstante ello, desde los estudios sobre sexualidad se la defiende, entre otras razones, por ser una buena manera de aprender a conocer el propio cuerpo, siendo además una práctica que se realiza por muchas razones: desde la necesidad de relajarse o aliviar tensión sexual, hasta la idea de prevenir enfermedades de transmisión sexual¹⁴⁷.

¹⁴⁴ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p. 230.

¹⁴⁵ Según alguna doctrina indica, la condena de la masturbación por parte de la Iglesia Católica arranca del Génesis, en la conocida historia de Onán. De ahí que en la tradición católica (y también judía) el nombre que tradicionalmente se le ha dado sea también el de “onanismo” por referencia a esta historia bíblica. Si embargo, una lectura de la Biblia no me permite esta condena. Conforme reza la escritura, Onán, segundo hijo de Judá, según la ley del levirato tenía que emparejarse con su cuñada para dar la descendencia que su hermano mayor fallecido no había dejado. Según el Génesis 38, versículos 8-9, su padre le dijo: “...-Unete a la viuda de tu hermano y cumple así con tu deber de cuñado para que tu hermano pueda tener descendientes por medio de ti. Pero Onán sabía que los hijos que nacieran no serían considerados suyos. Por eso, cada vez que se unía con la viuda de su hermano, procuraba que ella no quedara embarazada, para que su hermano no tuviera descendientes por medio de él”. Por eso entonces que lo que se llama “onanismo” es en realidad el acto de retirar el pene y no una práctica de autopacer (por ello es que se puede encontrar en esta historia el inicio de los métodos de anticoncepción). En alguna literatura entonces se llama “onanismo” a la práctica de la masturbación masculina lo que no es correcto ya que son conductas sexuales diversas la mencionada y la interrupción del coito cuando el pene está dentro de la vagina.

¹⁴⁶ Declaración *Persona Humana. Acerca de ciertas cuestiones de ética sexual*, Congregación para la Doctrina de la Fe, de 29 de diciembre de 1975.

¹⁴⁷ Sobre la masturbación en las distintas etapas de la vida véase Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)* pp. 290-299.

Las fantasías en tanto son una forma de autoestimulación a partir de la imaginación de situaciones con connotación sexual que buscan intensificar la satisfacción sexual o generar una sensación interna de connotación sexual. Normalmente las fantasías se tienen en el proceso de autoestimularse pero no es menos cierto que muchas personas las incorporan también en los procesos de generación de placer en pareja y según los expertos en sexualidad, entre otras importantes funciones, las fantasías ayudan a definir cuáles son las metas o deseos sexuales de quien las experimenta¹⁴⁸; pueden influenciar su conducta sexual como reflejar su experiencia pasada; pueden revelar las necesidades, inclinaciones y preferencias sexuales de un individuo en un grado mucho mayor que su conducta sexual real; pueden ser un elemento clave para la comprensión de las diferencias entre los géneros en la sexualidad, dada la libertad que conceden para la expresión imaginaria sin restricciones de las preferencias y excitadores sexuales, y su conocimiento puede ayudar a comprender y manejar algunos problemas relacionados con la conducta sexual¹⁴⁹.

Como se señala desde el mundo de la psicología, “la fantasía sexual consistiría en casi cualquier imaginación sexualmente activamente o erótica para una persona”¹⁵⁰.

Los sueños eróticos suelen terminar en experiencias de orgasmos nocturnos puesto que por su intensidad provocan erección en el varón y lubricación vaginal en la mujer¹⁵¹.

Las manifestaciones de sexualidad entre dos personas tienen como máxima expresión el coito que simplemente se puede definir como la penetración del pene en la vagina, lo que lleva inmediatamente a pensar en una relación heterosexual. La práctica del coito así entendida tiene el mismo tiempo que el hombre sobre el planeta y con el tiempo se han ido desarrollando diversas técnicas que buscan ofrecer a quienes lo practican nuevas y mejores formas de obtener placer sexual¹⁵².

Ahora bien, es evidente que el placer sexual no sólo puede producirse cuando se trata de dos personas de sexo distinto.

Si consideramos que existen diversas *orientaciones sexuales*, puede ser que alguien sólo encuentre su satisfacción sexual con quien es de su mismo *sexo* o de su mismo *género*. En estos casos, los de lesbianas o gays, normalmente la satisfacción suele darse a partir de la estimulación de los genitales o la ayuda con objetos externos.

La estimulación oral de los genitales es, en todo caso, una práctica presente en parejas hetero como homosexuales. La estimulación de hombre a mujer recibe el nombre de *cunilingus* y la que va

¹⁴⁸ Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)*, p. 288.

¹⁴⁹ Barra, E., *Psicología de la sexualidad (cit.)* p.116.

¹⁵⁰ Martínez, R., *Psicosexualidad y Conducta Humana. Comunalidad y Diversidad (cit.)* p. 75.

¹⁵¹ Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)* p. 289.

¹⁵² Si bien existen muchas variaciones de las posiciones que se pueden adoptar, las más frecuentes para sostener unas relaciones sexuales que sean placenteras para ambos son: con el hombre arriba (la conocida en la literatura como *posición del misionero*), con la mujer arriba, con penetración posterior y con penetración de lado y se puede influir por distintos estímulos o creencias, desde las valóricas, como las que se guían por el Kamasutra, hasta las más espirituales como las que viene del Tantra hindú que predicán la práctica del llamado “sexo tántrico”. Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)* pp. 310-313.

de mujer a hombre a partir de la introducción del pene en la boca de la mujer recibe el nombre de *felación*.

El erotismo anal en tanto supone aquel contacto sexual entre dos personas que involucra el ano como parte de la estimulación sexual recíproca.

En lo que toca a las manifestaciones grupales del placer sexual, ellas están íntimamente aunque no exclusivamente ligadas a los afectos que puedan desarrollar entre sí dos personas. Para muchos es necesaria una relación afectiva sólida y estable para mantener acercamientos sexuales, mientras que para otros esta clase de relación no es ni necesaria ni buscada.

Es indudable que, como lo han reconocido muchos psicólogos y sociólogos que estudian la sexualidad, en la conducta sexual y la disposición a manifestar ella de cada persona inciden todo tipo de factores: biológicos, socioculturales y religiosos, psicológicos, económicos, culturales, ambientales; con lo cual la manifestación de comportamientos sexuales para obtener placer erótico es una cuestión personal y que se puede vivir y lograr de formas muy variadas en cada persona. Así por ejemplo, para algunos y algunas el amor debe estar presente en una relación sexual para que esta sea placentera, mientras que para otros el pleno contacto sexual puede no ser necesario para alcanzar gran placer.

Por cierto que este es un tema no exento de discusiones y que tiene incidencia a la hora de adoptar un patrón de discriminación contra ciertas personas por su forma de manifestarse sexualmente, como ocurre en muchas sociedades al momento en que dos hombres o dos mujeres deciden besarse en lugares públicos, o en que alguien decide tener una relación sexual con alguien con quien no está unida por el vínculo del matrimonio sólo por buscar una diferente experiencia.

3.3.2.2. Las variaciones del comportamiento sexual.

Un tema que aparece como recurrente en quienes abordan la sexualidad es la comprensión (o el esfuerzo para ello) de definir qué es normal y qué es anormal en esta materia, pese al rechazo que existiría entre algunos investigadores de lo sexual frente a las clásicas dicotomías como ésta y otras como; “natural/contranatural”, “moral/inmoral” y “bueno/malo”¹⁵³.

En bibliografía especializada sobre el tema entonces son múltiples las referencias a qué es lo normal y qué es lo anormal respecto de los comportamientos referidos a la sexualidad y como algunos reconocen, definir qué es “normal” por oposición a algo “anormal” no es uniforme.

Así las cosas y considerando como vengo sosteniendo la importancia de lo socio-cultural en la sexualidad humana y la construcción identitaria en esa óptica, resulta que la definición de “anormalidad” puede ser precisada desde distintos prismas.

¹⁵³ Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.), p. 27.

Strong, DeVault, Sayad y Yarber citan al psicólogo Tiefer para convenir en que existen cinco criterios para definir la cuestión que señalo¹⁵⁴. El criterio *subjetivo* indica que es normal aquello que cada uno considera como tal. Conforme al criterio *estadístico*, los comportamientos más comunes son los que deben ser considerados normales y, por oposición, aquellos más infrecuentes serán anormales. Un tercer criterio es el que llaman *idealista*, conforme al cual será normal lo que suponga un modelo de corrección de conductas y se trate de un comportamiento que no cause sentimientos de culpa, vergüenza o ansiedad. Lo *culturalmente aceptado* sería en este enfoque el cuarto criterio para calificar un comportamiento sexual de normal o anormal. Sería para los autores el parámetro más usado a la hora de pronunciarnos frente a la cuestión de anormalidad de una cierta conducta sexual, lo que lleva a la adopción de posturas determinadas frente a conductas que la cultura propia califica de un sentido u otro y que en otra cultura reciben una calificación en sentido inverso. El último criterio sería el único que no está revestido de la subjetividad que asiste a los otros cuatro. Se trata del enfoque *médico*, que permitiría la calificación de normal o anormal según el comportamiento tenga alguna incidencia en la salud de la persona o le provoque alguna enfermedad.

Evidentemente, concluyen estos autores, la calificación en base a estos criterios no es fácil y muchas veces ellos colisionan entre sí cuando una persona se plantea a si misma la interrogante sobre si su conducta sexual es o no normal.

Shibley Hide y De Lamater en tanto hablan de cuatro enfoques para definir cuando una conducta sexual puede calificarse de normal o anormal¹⁵⁵, los cuales llevan en términos más o menos iguales a los mismos criterios que antes he indicado. El primero sería el *enfoque estadístico*, según el cual una conducta sexual anormal es aquella poco frecuente o que pocas personas practican. Un segundo enfoque sería el *sociológico*, en cuya virtud la anormalidad de la conducta va en relación con las normas sociales de cada cultura. En tercer lugar, el enfoque *psicológico* conjuga los criterios de incomodidad, ineficacia y rareza para establecer lo anormal de una conducta, con la cuota de variabilidad que tiene el de “rareza” ya que lo que para una cultura puede ser raro para otra podría no serlo. Este último aspecto a mi modo de ver acerca este enfoque al anterior y lleva, otra vez, a la importancia del entorno social en la definición y construcción de la sexualidad humana. Finalmente, el enfoque *médico* es el que habla de que hay ciertas conductas sexuales anormales porque se trata de comportamientos obsesivos y compulsivos por parte de quien los realiza.

Compartiendo que se trata de un terreno arcilloso en la resolución o adopción de una cierta posición, especialmente por el componente de subjetividad que involucra la cuestión, justamente para restarme de ello es que tomándome de los enfoques científico-médicos me atrevo a hacer una calificación de lo que pueda ser normal o anormal según las consecuencias en la salud humana.

¹⁵⁴ Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.), p. 24.

¹⁵⁵ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), pp. 389-390.

Entro así a lo que médicamente se llama *parafilias* y que se pueden conceptualizar en base a los trabajos vistos como aquellas conductas sexuales recurrentes (fantasías, impulsos sexuales o comportamientos) poco convencionales que, siendo obsesivas, compulsivas y angustiantes a veces, implican a objetos no humanos, sufrimiento o humillación de sí mismo o del compañero o compañera sexual o de otra persona que no brinda su consentimiento¹⁵⁶.

Las principales *parafilias* que se encuentran en la literatura sociológica y psicológica son fetichismo; travestismo; sadismo sexual; masoquismo sexual; voyerismo; exhibicionismo; hipersexualidad; asfixiofilia; cibersexo compulsivo; frotteurismo; zoofilia; necrofilia; coprofilia y urofilia; pedofilia o pederastia; coerción sexual o violación; y acoso sexual.

Evidentemente la relevancia de algunas de ellas es notoriamente inferior a otras en lo que toca a su impacto en la salud de los individuos que las practican¹⁵⁷. No obstante ello, como llevadas a sus extremos todas pueden alterar la vida de las personas en el sentido dicho - generando obsesión, compulsión, angustia y sufrimiento - es que haré unas breves referencias a cada una de ellas, pasando a revisar conceptualmente como se conciben las mencionadas.

El *fetichismo* supone las fantasías, impulsos o conductas sexuales que implican utilizar objetos inanimados para producir o mejorar la excitación sexual en ausencia de una pareja, durante un período de cuando menos seis meses provocando angustia importante¹⁵⁸. En casos extremos indican algunos autores, un fetichista no es capaz de sentir placer si no es con el objeto inanimado de que se trate. Sobre esto se puede agregar que hay fetiches *de medios* y fetiches *de forma*. Los primeros son aquellos en que lo que importa es el material del que está fabricado el objeto que causa la excitación y el placer sexual y cuyo ejemplo clásico es el cuero negro. Los segundos son aquellos en que prima la forma justamente del objeto, por ejemplo, los zapatos o las botas de tacón alto, o la lencería.

El *travestismo* en tanto consiste en vestirse como miembro del otro género¹⁵⁹. Se trata principalmente de una variante masculina pues, mayoritariamente en términos estadísticos, lo que se presenta en la realidad es la existencia de hombres que se visten de mujer como forma de trabajo (artistas de espectáculos) o por otras razones. Cuando quien lo hace es un hombre heterosexual y su ánimo es producir o aumentar el placer sexual en forma recurrente por más de seis meses y con angustia, se habla de *fetichismo travestista* como una variante de esta *parafilia*. Creo que salvo en esta última forma (por la angustia que puede provocar en el sujeto) la consideración del travestismo

¹⁵⁶ Conforme al citado manual DSM (*Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders*) que prepara la *American Psychiatric Association* en su versión de 2000 (DSM-IV-TR) una parafilia se define como “a mental disorder characterized by recurrent intense sexuality arousing fantasies, sexual urges, or sexual behaviors lasting at least 6 months and involving (1) nonhuman objects, (2) the suffering or humiliation of oneself or one’s partner, or (3) children or other nonconsenting people”. Citado textualmente por Strong, B.; *Human Sexuality* (cit.), p. 319.

¹⁵⁷ En la clasificación de la OMS, bajo el capítulo V, con el código F65, se encuentra a los desórdenes en las preferencias sexuales - las parafilias - y entre ellas al fetichismo (F65.0), el fetichismo travestista (F65.1), el exhibicionismo (F65.2), el voyerismo (F65.3), la pedofilia (F65.4), el sadomasoquismo (F65.5), el desorden múltiple en la preferencia sexual (F65.6), otros desórdenes en la preferencia sexual (F65.8) y los desórdenes en la preferencia sexual no especificados (F65.9). Véase <http://apps.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/> (último acceso: 14 de diciembre de 2009)

¹⁵⁸ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p. 390.

¹⁵⁹ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p. 392.

como una *parafilia* es dudosa y de todos modos la figura menos compleja de todas las que vengo señalando.

El *sadismo sexual* tiene que ver con el causar dolor, sufrimiento o humillación a otra persona y derivar de ello satisfacción sexual. El nombre viene, como he dicho antes, del clásico de la literatura erótica de todos los tiempos, el Marqués de Sade, quien ha pasado a la historia por sus amoríos sexuales y por el placer que le generaba causar dolor a sus víctimas.

El *masoquismo sexual* es aquella desviación que consiste en aumentar o lograr la excitación sexual por medio de estímulos como fantasías, impulsos o comportamientos que implican para la persona ser golpeada, humillada, atada o torturada¹⁶⁰. El nombre viene de Leopold von Sacher-Masorch, masoquista famoso por escribir novelas en que expresaba fantasías de este tipo.

En muchas personas se dan de forma conjunta el *sadismo* y el *masoquismo*, caso en el cual se habla entonces de *sadomasoquistas* y puede presentarse por vía de ataduras, del juego del dominio y la sumisión, de latigazos, mordeduras, nalgadas, o juego de roles de amo y esclavo, por ejemplo. Cuando el *sadismo*, el *masoquismo* o el *sadomasoquismo* se repiten por más de seis meses y genera angustia es cuando los especialistas hablan que se ha convertido ese comportamiento sexual en una *parafilia*.

En cuanto al *voyerismo* hay que hacer una precisión inicial. Asumiendo que el origen viene del francés “voir” que significa “mirar”, existe de un lado la *escoptofilia*, en que el placer sexual deriva sólo de observar los actos sexuales y los genitales de otros; y el *voyerismo* propiamente tal, en que el placer viene de ver desnudos pero mientras el *voyerista* se masturba.

El *exhibicionismo* es considerado parte y complemento del *voyerismo* y supone exponer los genitales propios a otras personas en lugares poco apropiados, como la calle, un cine u otros espacios cerrados¹⁶¹. Se trata también de una práctica sexual mucho más frecuente en hombres que en mujeres.

Nuevamente en este caso la anormalidad del *voyerismo*, incluido el *exhibicionismo*, va asociada a la duración continuada del tiempo en que se practica y a la angustia que puede causar al *voyerista*. El sólo hecho de buscar y sentir placer en la vista de imágenes desnudas de cuerpos de mujer y hombre no es, en sí misma, una conducta que suponga una variación del comportamiento sexual en el sentido que acá vengo diciendo. Del mismo modo, en el caso de la mujer, el usar cierto tipo de ropa que exhiba por ejemplo su pecho puede ser considerado exhibicionismo según la cultura de que se trate, lo que lleva, nuevamente, a la importancia del factor social en la construcción y vivencia de la sexualidad puesto que además ello puede condicionar si tales prácticas son permitidas o no legalmente o si se sufre discriminación por ello.

¹⁶⁰ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p. 397.

¹⁶¹ Una forma cercana al exhibicionismo es la que se está desarrollando en sociedades europeas principalmente y que se conoce como *dogging* (conocido en España como *cancaneo* y con origen en Inglaterra) y que consiste en realizar el sexo al aire libre, sea en coches o en medio de bosques, playas, lugares de aparcamiento o caminos, pero siempre en lugares apartados, donde un grupo de asistentes puede mirar o incluso participar si así se desea. Lo cierto es que se trata en todo caso de una práctica contemporánea que puede también considerarse como una más de las formas de manifestación sexual que se pueden desarrollar por cuanto se realiza en lugares apartados y con el consentimiento de todos y todas las que intervienen, sean homosexuales o heterosexuales.

La *hipersexualidad* consiste en aquella necesidad compulsiva por tener actividad e impulsos sexuales, en niveles muy altos, llegando en casos extremos a transformar a la persona en insaciable sexualmente, quedando oscurecida toda su vida y sus preocupaciones por el permanente deseo de placer sexual. En las mujeres es lo que se conoce como *ninfomanía*, mientras que en los hombres se llama *satiriasis*¹⁶², popularmente conocido también como *donjuanismo*. Considerando la parte individual que tiene evidentemente la construcción identitaria sexual, parece difícil definir con precisión cuando una persona es *hipersexual*. Sin duda, para incluirlo como una *parafilia* hay que estar frente a un caso de real nublamiento del resto de los componentes identitarios y de vida por este deseo sexual descontrolado¹⁶³.

La *asfixiofilia* es el deseo de inducir en uno mismo un estado de deficiencia de oxígeno para crear excitación sexual o para aumentar la excitación o el orgasmo¹⁶⁴. Se trata sin duda de una desviación cuando no se toman precauciones y se llega a afectar la salud o aún más, a poner en riesgo la vida.

El *cibersexo compulsivo* (uso y abuso del cibersexo) es también fuente de variaciones cuando se torna en algo que no puede controlar quien disfruta de las imágenes o de los chat sexuales que se puede encontrar en la red. Sin duda hoy la información con componente sexual que circula a través de Internet es enorme lo que explica que cada vez sea más frecuente que se coloque el tema necesariamente en el debate cuando se habla de sexualidad. La cuestión no pasa sólo por llegar a transformar un uso de las tecnologías de la información en una verdadera *parafilia*, sino que lamentablemente a veces se convierte en fuente de delitos con menores de edad o en fuente de transmisión de errada información de contenido educativo sexual o de consignas discriminatorias o que incitan a discriminar.

El *frotteurismo* se define como las fantasías, impulsos o conductas sexuales que implican tocar o frotar los propios genitales contra el cuerpo de una persona que no ha consentido a ello.

En un grupo especial se encuentran la *zoofilia*, *necrofilia*, la *coprofilia* y la *urofilia*.

La *zoofilia* supone el placer sexual derivado del contacto con un animal, práctica que también se conoce como *bestialismo*. La *necrofilia* en tanto es el contacto sexual con una persona muerta. Se trata de una forma muy extraña de manifestación de comportamiento y obtención de placer sexual que los especialistas consideran como psicótica y muy desviada. La *coprofilia* y la *urofilia* son variaciones del comportamiento sexual que tienen ver con la excreción. En el primer caso las heces son las importantes para obtener la satisfacción sexual. En el segundo caso es la

¹⁶² El nombre viene de los “sátiros”, que eran bestias mitológicas griegas, mitad humanas y mitad animales. Formaban parte de la corte de Dionisio, el dios del vino y la fertilidad, y eran joviales y vigorosos, por lo cual han pasado a ser el símbolo del varón sexualmente activo. Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p. 401.

¹⁶³ Así por ejemplo, la práctica del *bondage*, esto es, atar a la pareja obligándola a adoptar posturas que despierten excitación puede no llegar a ser una *parafilia* sino una manifestación del deseo sexual entre dos personas, evidentemente situándonos en la vida adulta y en el pleno y libre consentimiento para ello. Lo mismo cabría decir de las prácticas del *gang bang*, que se entiende como la reunión de una mujer con un mínimo de cinco compañeros masculinos, obrando todos de forma libre y consentida o de la práctica de los *swinging* o *intercambio de pareja*, entendido como el estilo de vida que adoptan algunas parejas para realizar múltiples actividades y juegos sexuales con otras o con individuos, sean hombres o mujeres.

¹⁶⁴ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.403.

orina, llegando a casos en que la persona obtiene el placer sexual cuando otra se orina sobre él o ella como parte del acto sexual que se realiza.

La *pedofilia*, *abuso sexual infantil* o *pederastia* es junto con una forma de comportamiento sexual anormal o *parafilia*, una forma de coerción sexual. Se trata en efecto de mantener algún tipo de contacto sexual con niños o niñas, generalmente menores de 13 años. Cuando esto ocurre dentro de la familia se habla de *incesto*.

Los avances de la tecnología y especialmente el masivo uso de Internet por niños y niñas en muchas partes del mundo dado lugar a una nueva forma de coerción contra menores de edad, conocida en el lenguaje popular como *grooming*, consistente en acciones deliberadas de parte de un adulto, sea mujer u hombre, hetero u homosexual, para establecer lazos de amistad con infantes, con el fin de obtener satisfacción sexual por medio de imágenes con contenido erótico o pornográfico de parte del menor, e incluso como preparatorias para un encuentro personal de connotación sexual, probablemente mediante abusos.

Sin duda me manifiesto a favor de que toda forma de comportamiento sexual en cuya variación se incluya niños y niñas se considere una *parafilia* pero a la vez se dote de la tipificación necesaria en cuanto forma de coerción sexual sobre alguien que no puede prestar su consentimiento y que está lejos en la mayoría de los casos de poder defenderse frente a una práctica sexual a que se le conmina¹⁶⁵ como también debe tenerse en cuenta el consentimiento del compañero o compañera de práctica sexual al intentar alguna conducta diferente a lo frecuente para no caer en el ámbito de la coerción.

Para finalizar esta parte quiero repetir acá lo que expertos en sexualidad indican que deben presentarse como características de un cierto comportamiento sexual para considerarlo una variación compulsiva del mismo. Dicen Shibley Hide y De Lamater que la conducta compulsiva implica: a) una falta de control de impulsos; b) el camino hacia sanciones sociales y legales; c) la interferencia en el funcionamiento interpersonal y laboral; y d) la creación de riesgos de salud¹⁶⁶. El tema no es menor pues la frontera entre lo normal y lo anormal puede ser difusa y ello puede ser motivo de debate a la hora de entender si alguien es discriminado o no por alguna conducta que derive de su identidad sexual y cómo la ha determinado¹⁶⁷.

¹⁶⁵ En este sentido, la protección especial de la infancia en su condición de grupo especialmente vulnerable es una cuestión asumida casi sin debate por la institucionalidad internacional defensora de los derechos humanos. Prueba de ello es la ratificación casi universal de la *Convención sobre los Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990, y que insta a los estados en su artículo 19 a tomar todo tipo de medidas para evitar el abuso sexual de niños, cuestión desarrollada en detalle y reforzada en los artículos 34 a 36 y posteriormente en el *Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños de pornografía*, de 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002.

¹⁶⁶ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p. 404.

¹⁶⁷ En cuanto a las causas de cada una de estas anormalidades, existirían cuatro modelos posibles para explicarlas: la teoría del aprendizaje, la teoría cognitiva, el modelo de la adicción sexual y la teoría sociológica, cada una de las cuales supone a su vez un diverso tratamiento. No siendo tema esencial en esta investigación y su fin último, no me parece entrar en el estudio en detalle de las causas de las *parafilias* y sus tratamientos.

3.3.2.3. La coerción sexual o violación y el acoso sexual.

Se trata acá de la actividad sexual que se realiza sin que medie el consentimiento entre adultos¹⁶⁸ y que admite estas dos formas principales: la violación y el acoso sexual. Constituyen formas derivadas de la sexualidad humana cuyo impacto en lo social es todo menos pacífico por las consecuencias de todo orden que despliegan no sólo para los afectados o afectadas sino para algunas de las instituciones en que puede producirse, como el matrimonio o la empresa, por citar sólo dos.

Sobre la primera, una definición más o menos amplia y comprensiva es la que ha entregado Mary Koss al señalar que la violación es la “penetración oral, anal o vaginal sin consentimiento, obtenida por la fuerza, a través de amenazas de daño físico o cuando la víctima es incapaz de otorgar consentimiento”¹⁶⁹.

Temas importantes que motivan reflexión sobre la forma de vivir la sexualidad son los casos de violaciones dentro del matrimonio (violación marital); las violaciones colectivas en situaciones de extremo peligro como guerras o conflictos civiles; las violaciones a y entre varones; las violaciones carcelarias; o la situación de aquellas sociedad en que se asume como parte del rol de los géneros el que el dominio masculino puede importar un cierto grado de dureza y de violencia.

A no dudar y marcando que me muevo en el ámbito de la sexualidad sólo entre adultos, parece que el consentimiento es determinante para entender como permitida una cierta práctica sexual.

En cuanto al acoso sexual, lo primero a decir es que su reconocimiento como un comportamiento sexual tomó forma a partir de las denuncias en Estados Unidos de América, a inicios de los años noventa del siglo pasado, por parte de Anita Hill, quien acusó al juez Clarence Thomas, confirmado para integrar la Corte Suprema del país en 1992.

La *U.S. Equal Employment Opportunity Commission* (Comisión de Oportunidades Equitativas de Empleo de Estados Unidos) proporciona una definición de acoso sexual bastante completa. “Los avances sexuales indeseados, peticiones de favores sexuales, y otras conductas verbales o físicas de naturaleza sexual constituyen acoso sexual cuando a. La sumisión a tales conductas se hace en término o condición implícita o explícita para el avance laboral o educativo de un individuo, b. La sumisión a, o el rechazo de tales conductas por parte de un individuo se utilizan como base para decisiones académicas o laborales que afectan a dicho individuo, o c. Tales conductas tienen el propósito o efecto de interferir de manera irrazonable con el desempeño laboral o académico de un individuo o crean un ambiente laboral o educativo intimidante, hostil u ofensivo”¹⁷⁰.

¹⁶⁸ La actividad sexual con niños ha sido tratada antes a propósito de las variaciones del comportamiento sexual aún cuando, estrictamente, constituyen también una forma de coerción sexual cuando no media el consentimiento.

¹⁶⁹ Citada por Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.413.

¹⁷⁰ Citada por Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, pp. 429-430.

Esta definición, si bien comprensiva de las conductas, deja afuera algunas esferas en que también puede manifestarse al acoso, como son la esfera de la psicoterapia, las relaciones médicas, el comercio o en la propia calle. No obstante esta ausencia que indico, no es menor que es el acoso en el trabajo aquella forma violenta de expresar la sexualidad que hoy provoca mayor análisis.

Efectivamente, siendo un tema de antigua data es de reciente tratamiento en múltiples ámbitos, desde lo sociológico y lo psicológico hasta lo jurídico. En este último sentido la Organización Internacional del Trabajo en el plano internacional, junto a otras agencias y programas de las Naciones Unidas, y los parlamentos y tribunales nacionales por su lado vienen desde hace ya un tiempo reconociendo y buscando sancionar todos los efectos no queridos de esta forma de manifestar la sexualidad en que se da un elemento común y aglutinador con la violación: se trata de una conducta o comportamiento con connotación sexual que no es deseado por la parte con quien o contra quien se pretende ejercer y que le genera a ésta una humillación o un dolor, psíquico y físico.

3.3.2.4. El comercio sexual.

Es una frase muy popular en culturas como la occidental decir que la prostitución es la profesión más antigua del mundo, lo que es el fiel reflejo de la realidad que desde antiguo el hombre ha pagado “por tener sexo”.

De hecho, en la cultura griega clásica - raíz de la occidental contemporánea - la prostitución era parte de la actividad económica, distinguiendo diversas formas de comercio sexual. Entre ellas figura la “hetaira” o “hetera” personaje que era parte de las reglas sociales y la categoría más alta entre las prostitutas: una mujer destinada a servir de dama de compañía y prostituta, cuya preparación les situaba en una mejor posición que la simple prostituta y que pueden ser un símil de lo que las culturas orientales han llamado “geisha” o “kisaeng”.

La historia mantendría en silencio en algunas épocas a la prostitución pero ésta siempre ha existido con distintos códigos según las culturas y los tiempos.

En esta era existen en general dos maneras a través de las cuales el “sexo” puede comprarse y venderse: la antigua prostitución y la pornografía. Estos comportamientos vinculados a la sexualidad son de también de aquellos que mucha polémica generan, tanto desde un punto de vista ético, como desde un punto de vista legal, por la consideración de si el cuerpo humano puede o no ser objeto de comercio y sobre todo a partir de la inclusión de niños o aún de adultos pero sin mediar consentimiento.

A partir de la literatura consultada se puede decir que la prostitución es la actividad o interacción sexual en pareja a cambio de dinero, regalos materiales o alguna otra forma de pago como por ejemplo drogas¹⁷¹.

La imagen “clásica” de la prostitución como una actividad individual realizada en la vía pública por mujeres, ha evolucionado hacia una prostitución efectuada por hombres y mujeres, incluidos transgéneros, sea con carácter bisexual u homosexual, y no sólo en la calle sino también a partir del ofrecimiento de servicios sexuales en la propia casa o a domicilio, o con la intervención de diversa forma de un tercero, sea en un burdel o casa de citas - a veces controlados por un *proxeneta*¹⁷² o *madame*¹⁷³ - o hasta en salones de masajes, que tras esa fachada esconden la oferta de servicios sexuales pagados. En estos casos la polémica sale del sólo ámbito del ofrecimiento de “sexo por dinero” para entrar al ámbito del abuso y explotación de seres humanos por razones económicas, hecho que en sí mismo es indiscutiblemente cuestionable y eventualmente sancionable. Basta pensar en la situación de muchas migrantes que se ven obligadas a entregar parte de lo que “producen” con esta actividad por temor a sufrir daños o represalias de quienes las toman bajo su aparente custodia.

El ingreso de una persona a la actividad de la prostitución tiene diversas causas según sea el “rol” que en esta actividad le toque. Así, para quienes se dedican a la prostitución en calidad de “oferentes” de servicios sexuales la razón principal es la económica, seguida de la fuerza o coacción que alguien puede ejercer para obligarlo a dedicarse a ello aún contra su voluntad.

En el caso de la prostitución ejercida por mujeres existe una mayor estigmatización social que en el caso de la que pueden ejercer los hombres y sin duda ellas sufren una discriminación mucho más dura que ellos. Como bien grafica una autora: “El hecho de que “puta” sea el principal insulto que se aplica a una mujer y que “hijo de puta” sea la mayor injuria aplicable a un hombre nos permite acercarnos a la gravedad del problema”¹⁷⁴.

Esto en buena medida tiene que ver con la práctica tradicional en muchas civilizaciones de pretender “regular” la actividad sexual y el uso de su cuerpo por parte de las mujeres, regulación que no se persigue para los hombres. “Si bien la palabra “puta” puede entenderse como una denominación de las personas que realizan cierta actividad específica (el cobro en dinero por servicios sexuales), su utilización no se limita a ese campo. Se emplea, a modo de insulto, para referirse a cualquier mujer que infrinja las normas, no sólo en el campo de la sexualidad (se suele atacar con este epíteto a las que tienen actividad sexual fuera de la pareja, a las lesbianas, a las que abandonan a un hombre o a las que se niegan a continuar un juego sexual una vez comenzado) sino

¹⁷¹ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.436.

¹⁷² En la literatura sobre sexualidad consultada se conoce como *proxeneta* al hombre que se presenta a sí mismo como patrón o acompañante de una mujer que se dedica a la prostitución y que le brinda supuesta protección a cambio de parte de las ganancias que ella debe entregarle.

¹⁷³ En la literatura sobre sexualidad consultada se conoce como *madame* a la mujer que maneja un burdel, una casa de citas o un sistema de servicio de acompañantes sexuales.

¹⁷⁴ Juliano, D. “Prostitución: El modelo de control sexual femenino a partir de sus límites”, en Osborne, Raquel y Guasch, O. (Comps.), *Sociología de la sexualidad (cit.)*, p. 181.

también en otras muchas facetas de la vida. Se aplica a las que tienen un aspecto que se salga de lo considerado conveniente (ropa ceñida, mucho maquillaje, formas o modales “provocativos”), a las que frecuentan lugares o realizan prácticas consideradas “peligrosas” (transitar o permanecer en sitios oscuros o solitarios, asistir a bares o espectáculos sin ir acompañadas por un hombre, viajar solas), a las que tienen conductas de cuestionamiento (feministas, radicales, inconformistas) o simplemente a las que realizan ocasionalmente alguna conducta que desagrade a alguien (se oye como imprecación en medio de problemas de tránsito, riñas de vecinos, problemas familiares, etc.)”¹⁷⁵.

En general parece existir el ánimo de todos y todas de “desmarcarse” de quien sea calificada de “puta” lo cual hace que el estigma se agudice, principalmente cuando se tiene una visión muy estrecha de la posibilidad real de disponer libremente de la sexualidad.

Ahora bien, para quienes intervienen en la prostitución a partir de buscar servicios sexuales por medio de pago estas causas pueden ir desde la necesidad de tener relaciones sexuales con más frecuencia que lo que lo hacen con sus parejas habituales, realizar prácticas sexuales que sus parejas no consienten o a las que no se atreven a solicitar siquiera, o por simple necesidad de liberar tensiones sexuales.

Desde un punto de vista legal, la actitud en los distintos países hacia la prostitución va desde la prohibición absoluta, incluyendo sanciones penales para todos los involucrados en el ejercicio de la prostitución, hasta una cierta permisividad o tolerancia a partir de una mínima regulación jurídica, con el ejemplo emblemático de Holanda en que desde el año 2000 no existe prohibición para establecer un burdel en que presten servicios sexuales personas mayores de edad de ambos sexos, siempre que el dueño cuente con licencia y cumpla las condiciones impuestas por la autoridad, por ejemplo, las de tipo sanitario que se estimen por cada municipio, pasando entonces el país a considerar a la prostitución como una forma de trabajo¹⁷⁶.

El distinto tratamiento queda sin duda condicionado por la visión más o menos abierta que se tenga de la sexualidad y sus relaciones con la economía y la reproducción, puesto que, mirado en abstracto y como bien señala una autora, lo que hacen las personas que ejercen la prostitución son las mismas prácticas que personas no estigmatizadas realizan en su vida cotidiana de pareja, sólo que cobrando un precio por esa actividad, es decir, agregando un elemento de tipo mercantil a una actividad que en sí misma es banal¹⁷⁷.

Un tema de especial relevancia en estos tiempos es el del tráfico de personas con fines de explotación sexual comercial y el llamado *turismo sexual*, referido a las ofertas de viajes de placer que incluyen la prestación de servicios sexuales por pago y del que son parte, por un lado, gente de muchos recursos económicos que puede pagar grandes viajes y los placeres que se les ofrezcan

¹⁷⁵ Juliano, D. “Prostitución: El modelo de control sexual femenino a partir de sus límites” (cit.) pp. 182-183.

¹⁷⁶ La legislación penal holandesa en todo caso sanciona varias manifestaciones de prostitución prohibida como el inducir a un menor a prostituirse, el secuestro con fines de prostitución, o el aprovechamiento de la prostitución forzada y de menores.

¹⁷⁷ Juliano, D. “Prostitución: El modelo de control sexual femenino a partir de sus límites” (cit.) p. 179.

como parte de ellos, y por el otro, personas de escasa situación económica que pueden ver en esta vía un camino rápido para acceder a dineros que no logran a través del mercado formal de trabajo.

La segunda forma de compra y venta de sexo es la pornografía, entendiendo por tal el arte, la literatura o el material visual que tiene por objeto excitar y estimular sexualmente, y frente a la cual pugnan dos posiciones cuando se habla de pornografía entre y por adultos: quienes desde un punto de vista valórico la rechazan, hasta quienes usan el discurso de los derechos humanos y concretamente de la libertad de expresión y manifestación de todas las ideas para defender que la pornografía debe ser libremente permitida y que no puede existir censuras en materias que tengan que ver con la sexualidad.

Se pueden usar las expresiones *obscenidad* y *erotismo* para marcar esta discutida barrera. Así, para quienes rechazan muchas manifestaciones de pornografía, ésta raya en lo que califican de *obsceno*, es decir, ofensivo a los estándares que se consideran de moral y decencia en una determinada sociedad. Para quienes la defienden, se trata de *erotismo*, es decir, material excitante pero sin carga degradante u ofensiva. Por cierto que la frontera no es clara y es una cuestión que da para indudables posiciones valóricas en directa función con lo que son los comportamientos sexuales individuales o colectivos y las creencias.

Manifestación de ello es lo referente por ejemplo, al uso de las tecnologías informáticas con fines pornográficos y a cambio de dinero, es decir, pasando de lo que puede ser solo una variación de comportamiento sexual, a un verdadero negocio.

3.3.2.5. Los trastornos sexuales.

Conforme los aportes de Hyde y De Lamater, un trastorno sexual o disfunción sexual es un problema con la respuesta sexual que provoca angustia mental a la persona que lo padece¹⁷⁸. Ejemplos típicos son la eyaculación precoz en los varones y la incapacidad para tener un orgasmo en las mujeres.

Para entender un poco cuándo se puede en realidad considerar que se está en presencia de un trastorno sexual, seguiré la clasificación de estos autores que entienden que existen cuatro categorías de ellos, siguiendo así a la *Asociación Americana de Psiquiatría*¹⁷⁹: trastornos del deseo; trastornos de la excitación; trastornos orgásmicos y trastornos sexuales asociados con dolor, explicando de modo simple algunos de ellos.

En el primer grupo, esto es, en lo que se considera *trastornos del deseo* se encuentran aquellos que tienen que ver con la libido, es decir, con el deseo sexual o el interés en la actividad sexual de una persona. Por un lado está el trastorno del deseo sexual hipoactivo, también llamado deseo sexual inhibido o deseo sexual bajo; y por el otro está la llamada aversión al sexo, que

¹⁷⁸ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), p.459.

¹⁷⁹ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana* (cit), pp.459 y sgtes.

muchas veces viene asociado a estados de angustia o sufrimientos internos en la persona que lo padece.

Los *trastornos de la excitación* en tanto en el caso de la mujer se manifiestan en la falta de respuesta ante la estimulación sexual, incluyendo la falta de lubricación adecuada y en su presencia se conjugan factores psicológicos como físicos. En los varones se manifiestan en la incapacidad para tener o mantener una erección, lo que se conoce también como disfunción eréctil, excitación sexual inhibida o impotencia.

En tercer lugar, los *trastornos orgásmicos* tienen que ver con la eyaculación precoz o retrasada en los hombres, y con la anorgasmia en las mujeres. La eyaculación precoz ocurre cuando el hombre eyacula demasiado pronto, a veces incluso antes que ocurra el coito; la eyaculación retrasada en tanto es aquel trastorno opuesto, consistente en la incapacidad del hombre para tener un orgasmo o demorarse mucho en tenerlo o hasta no llegar jamás a tener uno.

Finalmente, entre los *trastornos asociados al dolor* se encuentran como principales el vaginismo de las mujeres y la dispareunia que afecta a ambos. La primera es un trastorno en que lo “social” que va asociado a la sexualidad puede ser causa y determinante del mismo.

El vaginismo es en términos simples la imposibilidad o extrema dificultad para lograr la penetración de la vagina por la contracción de los músculos que la rodean, que no logran relajarse por una actitud de miedo al dolor o también de sensación de peligro. Se trata de un trastorno que muchas mujeres experimentan sin quererlo y aún cuando persiguen evitarlo pero, como dicen algunos autores, la formación que se tenga sobre la sexualidad y cómo vivirla y el medio en que está integrada con sus respectivos convencionalismos sobre sexualidad, pueden provocar un desajuste entre lo que se quiere y lo que se puede hacer, sobre todo en un medio que puede ser muy proclive de discriminar ciertas pautas y sanciones a la sexualidad, como por ejemplo, a las que se viven fuera del matrimonio o con quien no es un compañero estable.

La dispareunia es el dolor que pueden sufrir tanto hombres como mujeres en la zona pélvica, durante o después de la relación sexual que puede producir la total pérdida de interés en una práctica sexual a fin de evitarlo. Algunas de las causas que la provocan están ligadas a circunstancias del momento, como la irritación provocada por ejemplo por un jabón; mientras que otras son factores de carácter más permanente y que pueden requerir una observación y tratamiento médico como algunas enfermedades de transmisión sexual que pueden provocar el dolor y alejamiento de una actividad sexual “normal” y placentera.

3.3.2.6. Las enfermedades sexuales.

Cuando se trata de sexualidad y sus múltiples manifestaciones no debe perderse de vista que hay un componente de ella que dice relación directamente con la salud. Hablo así de la *salud sexual* que se puede definir en esta primera aproximación como un estado de bienestar físico, mental,

emocional y social en relación a la sexualidad, y no sólo como la ausencia de enfermedades, discapacidades o dolencias.

La preocupación por las enfermedades sexuales, en el contexto del concepto amplio de salud que hoy se maneja internacionalmente, comienza fuertemente a partir de la aceptación cada vez mayor de una idea amplia de la sexualidad en perspectiva de derechos. Dicho en otra forma, cada vez más quienes se muestran partidarios de vivir una sexualidad amplia y sin restricciones -salvo las que suponen los derechos de los demás- han visto en el tema de las enfermedades sexuales una preocupación que merece especial tratamiento y debe guiar el actuar y las prácticas sexuales, razón por la cual incluyo en este apartado alguna referencia a los problemas de salud que vienen a consecuencia de las conductas que derivan de la sexualidad.

Justamente este aspecto de la sexualidad, el que tiene que ver con la salud, es uno donde la integralidad de este concepto entra a jugar.

Muchas veces se reporta que son muchos los que son estigmatizados por ser portadores de alguna enfermedad de transmisión sexual (ETS) privándoseles del goce de algunos derechos, en circunstancias que no es la identidad y lo que las personas son lo que los expone a enfermedades de este tipo, sino la exposición a conductas de riesgo que las pueden determinar, como la práctica temprana de sexo sin precaución, la multiplicidad de parejas sexuales sin cuidarse en caso de parejas de alto riesgo de contagio, el uso indiscriminado de sustancias que afectan las funciones esenciales para practicar un sexo seguro o la práctica obligada de relaciones sexuales, sin entrar siquiera a analizar los factores biológicos que pueden predisponer a una persona a las ETS, como resistencias determinadas a virus y bacterias, o los factores socio económicos que siempre están presentes, desde la pobreza y marginalidad que obliga a muchos/as a realizar conductas sexuales no queridas sin tomar precauciones, pasando por el límite de recursos para acceder a buenas acciones para recuperación de salud.

Si bien los síntomas, efectos y tratamientos de las ETS son diversos según sea en hombres y mujeres, lo cierto es que el grupo que sufre sus peores consecuencias es el de las mujeres por las implicancias que pueden tener en los procesos de gestación y embarazo¹⁸⁰.

Conforme los estudios vistos, científicamente por *enfermedades de transmisión sexual*, también conocidas como *infecciones de transmisión sexual* (ITS) se comprenden aquellas infecciones del organismo que pasan de persona en persona, básicamente a través del contacto sexual¹⁸¹. Las principales por su incidencia real en la salud de los seres humanos son la clamidia; el herpes genital; la gonorrea; la sífilis; la hepatitis viral; la tricomoniasis; los piojos públicos y, evidentemente, el VIH SIDA¹⁸². Desde un punto de vista de su efecto en la salud se les puede

¹⁸⁰ Un cuadro explicativo de las principales enfermedades de transmisión sexual, sus síntomas, tiempo de aparición, tratamiento médico y algunas observaciones sobre cada una se encuentra en Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)*, pp. 556-557.

¹⁸¹ Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)* p. 530.

¹⁸² Otras ETS de menor impacto en la salud humana son la vaginitis; la monilia; la cistitis; y la prostatitis.

agrupar en aquellas de origen bacteriano y curables, como la clamidia y la gonorrea; y aquellas de origen viral y que no son curables pero sí tratables, como el VIH SIDA o el herpes genital¹⁸³.

Sólo a modo ilustrativo de la gravedad y la afectación a la salud de las ETS me referiré brevemente a las principales, entendiendo por tales aquellas de aparición más frecuente entre hombres y mujeres y cuyos impactos en la salud sexual son más visibles, personal y socialmente¹⁸⁴.

La *clamidia* es provocada por una bacteria (*chlamydia trachomatis*) que se disemina a través del cuerpo, infectando e inflamando los órganos genitales de varones y de mujeres. Como enfermedad, la clamidia es tratable y curable aunque sea un poco asintomática, especialmente en las mujeres, lo que a veces dificulta el acceso pronto y adecuado a un tratamiento. Este último es muy relevante ya que de no ser diagnosticada o tratada la clamidia puede causar infertilidad o nacimientos prematuros en el caso de mujeres embarazadas.

El *herpes genital* es ocasionado por el virus del herpes simple y se trata de una infección de transmisión sexual en la que los síntomas son protuberancias o ampollas pequeñas y dolorosas en los genitales¹⁸⁵. Por tener su origen en un virus, las ampollas pueden curarse pero el virus sigue viviendo dentro del organismo y puede estar latente por el resto de la vida del infectado. Además de la molestia, dolores y fiebres que puede causar, el herpes genital tiene dos consecuencias severas en el largo plazo que deben ser tenidas en consideración. En primer lugar, aumenta el riesgo de infectarse con el virus del VIH SIDA puesto que las ampollas abiertas pueden ser vehículo para que el virus entre al cuerpo y, en segundo lugar, en el caso de las mujeres la transmisión del virus de la madre al hijo durante el nacimiento puede dar lugar a graves enfermedades o a la muerte del recién nacido.

La *gonorrea* en tanto se indica como la más antigua infección de transmisión sexual desde un punto de vista histórico. Se trata de una infección cuyos síntomas son un flujo purulento junto a dolor y ardor al orinar, en el caso de los varones, soliendo ser asintomática en las mujeres. Su mayor vía de contacto es el coito vaginal.

La *sífilis*, conocida como “la gran peste” en la Europa de los siglos XV y XVI, es ocasionada por una bacteria (*treponema pallidum*). Siendo menos frecuente que otras ETS, como la propia gonorrea o el VIH SIDA, sus efectos son bastante serios y por ello se ha mantenido en el tiempo la preocupación por controlar su aparición pese a que cada vez se registran menos casos y el tratamiento para curarla no tiene mayor complejidad. Su principal síntoma, el llamado *chancro*, es una lesión circular muy parecida a una úlcera con bordes elevados y duros que se asemeja a un cráter y que puede aparecer en diversas partes de la anatomía genital, según se presente en hombres o en mujeres. Pese a ser indoloro es de muy mala apariencia y va evolucionando por distintas etapas

¹⁸³ Strong, B.; *Human Sexuality (cit.)* p. 531.

¹⁸⁴ La Lista de Códigos CIE-10 de la OMS incluye en diversos apartados las principales enfermedades sexuales. Así, se encuentran bajo el capítulo I, sobre ciertas enfermedades infecciosas y parasitarias, entre los códigos A50-A64, varias infecciones cuyo principal modo de transmisión es la vía sexual, como la sífilis y sus diversas manifestaciones (A50). El VIH/SIDA en tanto se registra en el mismo capítulo entre los códigos B20-B24.

¹⁸⁵ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit.)*, p.488.

pudiendo incluso en la última de ellas llegar a generar daños al feto (en el caso de mujeres embarazadas) demencia, parálisis o hasta la muerte en los casos extremos en que se expande por el organismo.

En cuanto al VIH SIDA, sin duda requiere un poco más de atención en un trabajo que aborde la sexualidad. Fue a los inicios de la década del 80 en pleno siglo XX cuando se detectaron en lo que se conoce como “mundo occidental” los primeros casos de una extraña enfermedad, desconocida en términos reales hasta esas fechas y con particulares síntomas, que llevó a científicos de los principales centros de investigación del mundo a estudiar frente a qué se encontraba la humanidad. Tan sólo unos años más tarde se afirmaba de manera rotunda que se trataba de un virus que afecta el sistema inmunológico y que las formas de transmisión son el contacto sexual sin protección con personas que viven con el virus, el contacto directo con sangre contaminada y por traspaso de la madre VIH positivo al hijo o hija durante la gestación, el parto o la lactancia. Se le llamó SIDA, *Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida*, traducción de AIDS, *Acquired Immunodeficiency Síndrome* y al virus que lo produce VIH, *Virus de Inmunodeficiencia Humana*.

Para su detección se utiliza generalmente un examen de sangre llamado Test de Elisa (análisis de inmunoabsorción ligada a enzimas) el cual es bastante preciso para detectar anticuerpos al VIH y hasta los años que van del siglo XXI no se encuentra un cura para este virus, existiendo sólo tratamientos que ayudan a detener el progreso de la enfermedad que, al producir una baja del sistema inmunológico, deja a su víctima expuesta a enfermedades e infecciones de diverso tipo que pueden terminar con la vida en cosa de pocos años o incluso meses.

Si bien estadísticamente en un principio se constató que afectaba predominantemente a ciertos grupos de la población, con el tiempo se fue expandiendo una creencia de que los grupos vulnerables a tal enfermedad son sólo los varones homosexuales, los trabajadores o trabajadores sexuales y los consumidores de drogas por vía endovenosa. Con el correr de los años y pese a que los avances y las propias estadísticas que se manejan internacionalmente han demostrado que no es una enfermedad exclusiva de tales grupos¹⁸⁶, hasta hoy continua esa estigmatización que supone en los hechos una fuerte discriminación para quienes padecen esta enfermedad, cualquiera sea la causa por la que la han contraído. En efecto, si bien un diagnóstico de cáncer puede ser tan o más severo en términos de esperanza de vida que el de esta ETS, resulta evidente que el último lleva una carga social que hace aún más fuerte y difícil la recepción por el afectado.

Esta carga social y por cierto los avances enormes de la enfermedad en los últimos veinticinco años han creado una conciencia colectiva mundial que llama institucionalizadamente a

¹⁸⁶ El *Informe sobre la Epidemia Mundial de SIDA 2008*, emanado del Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/Sida (ONUSIDA), indica que en el año 2007, un promedio de 33 millones de personas en todo el mundo vivían con VIH, siendo África quien soporta la mayor carga de esta enfermedad, albergando el 67% de todas las personas que viven con Sida. De la población total, el 50% son mujeres y el 60% de ellas vive en el África Subsahariana; poco menos del 10% son niños y de este porcentaje, el 90% vive en ese sector continental. Si bien señala el informe que el coito anal entre varones sin protección sigue siendo una causa determinante en las alarmantes cifras de aumento, especialmente en África, el mismo informe da cuenta del alarmante aumento de cifras entre las mujeres heterosexuales y entre los niños.

Informe disponible en: http://data.unaids.org/pub/Report/2009/jc1736_2008_annual_report_en.pdf (último acceso: 14 de diciembre de 2009)

luchar contra el SIDA para erradicarlo. El compromiso tiene su máxima expresión en la incorporación en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) como objetivo No. 6 expresado en la meta de combatir el VIH/Sida, el paludismo y otras enfermedades y, ya desde antes, en la creación del Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA en que trabajan concertadamente diez organizaciones del sistema de la organización para tratar el mal y ayudar a erradicarlo a nivel mundial¹⁸⁷.

En una óptica que mira acertadamente la relación entre salud sexual, VIH/Sida y derechos, los Estados adoptaron en 2001 la *Declaración de Compromiso en la Lucha contra el VIH/SIDA*, en el marco del Período Extraordinario de sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA, entre el 25 al 27 de junio de 2001¹⁸⁸, ratificando en 2006 gran parte de lo acordado. En el punto 24 de la Declaración Política sobre el SIDA de 2006¹⁸⁹ se comprometen a “...superar los obstáculos jurídicos, normativos y de otro tipo que impiden el acceso a la prevención, el tratamiento, la atención y el apoyo, los medicamentos, los productos básicos y los servicios eficaces para lucha contra el VIH;...” y, específicamente, en el punto 29 se comprometen a “...redoblar los esfuerzos por promulgar, fortalecer o hacer cumplir, según proceda, leyes, reglamentos y otras medidas a fin de eliminar todas las formas de discriminación contra las personas que viven con el VIH y los miembros de grupos vulnerables, y a asegurarles el pleno disfrute de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales...”.

Hay acá entonces un reconocimiento expreso - aunque en un instrumento de débil valor jurídico incluido en lo que se llama *soft law* - de la vinculación que existe en la realidad entre sexualidad, derechos y discriminación.

3.3.2.7. La procreación humana.

A no dudar, una de las manifestaciones más relevantes de la sexualidad humana y para muchos la principal es lo que tiene que ver con el potencial de dar vida, de perpetuarse a sí mismo y a la especie a través de la procreación.

Asumiendo que este es un tema que en sí mismo supondría una investigación sobre la regulación jurídica de los múltiples aspectos que involucra, siendo consecuente con mi idea de mostrar en este primer capítulo una concepción amplia de la sexualidad como parte integral de la

¹⁸⁷ Las diez organizaciones del sistema de Naciones Unidas que patrocinan ONUSIDA son el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR); el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF); Programa Mundial de Alimentos (PMA); Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD); Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA); Oficina de las Naciones Unidas contra la droga y el delito (ONUDD); Organización Internacional del Trabajo (OIT); Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO); Organización Mundial de la Salud (OMS); y Banco Mundial (BM). Mayor información se encuentra en el sitio web oficial <http://www.unaids.org/es/AboutUNAIDS/default.asp> (último acceso: 14 de diciembre de 2009)

¹⁸⁸ Este Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de Naciones Unidas se celebró de conformidad con la Resolución 55/13 de 3 de noviembre de 2000, para examinar y hacer frente al problema del VIH/SIDA en todos sus aspectos, así como para lograr que todos se comprometan a mejorar la coordinación e intensificar las actividades nacionales, regionales e internacionales para combatirlo de forma integral.

¹⁸⁹ Doc. NU A/RES/60/262, de 15 de junio de 2006.

identidad personal, no puedo sino hacerme cargo de exponer el marco básico de entendimiento de los tres aspectos más relevantes en lo que toca a su relación con la procreación, también llamada reproducción humana. Me refiero a las opciones de reproducción asistida, a los métodos de anticoncepción y al aborto.

Por supuesto que este marco justamente es eso, un esquema para situar la trascendencia del tema y sus principales impactos, no haciéndome cargo entonces de cuestiones tan complejas y que toman otro enfoque como son la determinación de cuando empieza y cuando termina la vida humana, desde cuando se deberían tener meras expectativas y desde cuando derechos por parte de la criatura que nace, qué es de la esencia humana y tantas otras, cuyas respuestas, lejos de estar consensuadas en las distintas disciplinas, justamente por los distintos enfoques con que se pueden mirar no llegan a una única y definitiva respuesta, no siendo determinantes estas respuestas para el objeto final de esta investigación que mira al sujeto y la procreación como parte de su integridad sexual y no al producto de esa reproducción. En otras palabras, hago esta presentación con la mira en los derechos reproductivos de la persona y no a los eventuales derechos o meras expectativas del sujeto que será el resultado de la procreación, sin perjuicio de algunas consideraciones y reflexiones que no puedo dejar de emitir por la estrecha conexión entre ambas clases de “derechos humanos”.

3.3.2.7.1. La reproducción asistida.

Sin duda la procreación es una de las primeras consecuencias de la sexualidad. Sabido es que para muchos, por ejemplo para todo el mundo cristiano católico, la verdadera sexualidad, la permitida y lícita, es aquella que se vive dentro del matrimonio y con fines de procreación.

Sin embargo y sin entrar acá a hacer un juicio de valor sobre si la reproducción ha de ser o no el fin principal para vivir una sexualidad en pareja, lo cierto es que no todos los seres humanos poseen la capacidad de procrear.

La esterilidad, entendida como la existencia de un factor absoluto en un individuo que previene la concepción¹⁹⁰, es un hecho que se presenta en muchas personas y del que a veces no se llega a tomar conciencia sino sólo al momento de pretender dar inicio a un intento de reproducción.

La esterilidad no debe confundirse con la infertilidad que se refiere a la incapacidad de una mujer para concebir y dar a luz a un niño vivo o incapacidad de un hombre para fecundar a una mujer.

La causa más común de infertilidad en ambos sexos es la infección relacionada con enfermedades de transmisión sexual. En el caso de la mujer además, se mencionan como causas recurrentes la ausencia de ovulación y el bloqueo de las trompas de Falopio. En el caso del hombre, se indican como causas frecuentes el bajo conteo de espermios y la baja motilidad de los mismos.

¹⁹⁰ Shibley Hide, J. y DeLamater, J., *Sexualidad Humana (cit)*, p.160.

En ambos casos pueden contribuir a un estado de infertilidad la conducta alimentaria, una mala nutrición, la exposición a químicos o sustancias tóxicas, como pesticidas por ejemplo, el tabaquismo, el uso de alcohol o drogas y, como factor natural, la edad, lo cual es especialmente aplicable al caso de la mujer cuya fertilidad declina después de los 35 años y mucho más después de los 40.

La infertilidad, más allá de la concepción que se tenga sobre el fin único de la sexualidad, genera un estado psicológico de stress que muchas veces conspira para que las parejas puedan superarla en aquellos casos en que se podría con algún tipo de cuidado especial a partir de algún tipo de medicamento, lo que ocurre normalmente cuando la causa es la falta de ovulación de la mujer.

Es importante tener presente además que la falta de procreación durante un tiempo determinado sin cuidados anticonceptivos no significa por sí misma que uno de los miembros de la pareja sea infértil. Al menos no antes de un año y medio de intentos sin precauciones, según da cuenta la literatura consultada.

Frente a la infertilidad como problema que afecta a muchas personas y parejas, principalmente heterosexuales - aunque también homosexuales - que buscan “tener” un hijo que pueda criarse como propio y ejercer un invocado “derecho a la paternidad”, las tecnologías presentan grandes avances. Entre estas tecnologías se encuentran la inseminación artificial; la existencia de bancos de espermia congelado; los trasplantes de embrión; la fertilización in vitro y la transferencia intrafalopiana de gametos.

La inseminación artificial supone la colocación artificial de semen en la vagina a fin de producir un embarazo, sin que medie el coito entre un hombre y una mujer. La inseminación artificial puede ser por el esposo o el compañero, caso en que se llama *homóloga*, o por donante, anónimo o no, caso en que se llama *heteróloga*.

A partir de la posibilidad de congelar el espermia fue como surgió la opción de almacenarlo en lo que se llaman justamente *bancos de espermia humano congelado* y a los que las parejas o interesados pueden recurrir en un amplio número de situaciones en que no se cuenta con espermia del hombre que desea ser padre, o en que la mujer desea dar a luz pero no tiene una pareja que la fecunde, por ejemplo.

Los trasplantes de embrión en tanto suponen que un óvulo fertilizado y en desarrollo, o sea, un embrión, es transferido del útero de una mujer al útero de otra. Esta técnica es usada principalmente en los casos en que la mujer puede ser fecundada pero no logra retener en su organismo el embrión y lo expulsa de manera espontánea al inicio del embarazo. Es lo que se conoce en lenguaje popular como la técnica del “vientre de alquiler” que trae aparejados numerosos cuestionamientos éticos y es una técnica prohibida en muchas legislaciones pues supone un acto de comercio con el cuerpo humano.

La fertilización in vitro en tanto supone la implantación en el útero de la mujer de un óvulo que ha sido fecundado fuera del cuerpo humano, justamente en una “probeta”, lo que hace que a los niños nacidos a partir de esta técnica de reproducción se les califique de “bebés de probeta”¹⁹¹.

Por último, el método de la transferencia intrafalopiana de gametos supone una fórmula mejorada de una fertilización in vitro pues se recolectan óvulos y espermatozoides y se insertan combinados en las trompas de Falopio, donde se puede producir una fertilización natural seguida de una implantación normal.

Sin duda una forma de mirar estos desarrollos de la ciencia es desde el prisma positivo, estimando que si la ciencia tiene que estar a disposición de las personas, una buena faceta de estos desarrollos es permitir a quienes no pueden ser padres sin ayuda, un camino para satisfacer ese ámbito de la personalidad e incluso ayudar para que ese hijo o hija sea lo más “sano” y “perfecto” posible, teniendo siempre en vista los derechos del otro u otra que puede intervenir en ese proceso en distintos roles y su mayor compatibilidad en caso de conflicto, con el clásico ejemplo del donante de espermios congelados que luego se arrepiente de llevar adelante la técnica de fecundación asistida.

Sin embargo, al lado de esta mirada está la mirada de alerta - o negativa - que antes siquiera de entrar a los cuestionamientos éticos nos recuerda que se olvida con estos métodos el derecho del hijo o hija que nacerá por estos medios asistidos. Su derecho a conocer su verdadera identidad biológica y a crecer y desarrollarse bajo estándares “normales”. Contar con una familia con un padre, una madre, el hijo e idealmente bajo la institución del matrimonio, es así una primera razón para mirar con ojos de alerta la reproducción asistida¹⁹². A ello le sigue el cuestionamiento ético sobre posibles avances para clonar seres humanos por razones médicas, elegir el sexo y características físicas del bebé o hasta llegar a lo que se llama hoy *ectogénesis*, es decir, una creación de vida por caminos absolutamente artificiales, fuera del útero materno. En otras palabras, la creación de vida humana sin embarazo.

Insisto en que no es este el trabajo que busque explicaciones, posturas y soluciones a estos difíciles temas de la vida humana, sobre los que evidentemente el derecho tiene que ir haciendo sus pronunciamientos¹⁹³. Para los defensores de la ciencia y sus descubrimientos en el campo de la vida

¹⁹¹ El 25 de julio de 1978 nació el primer ser humano concebido a partir de esta técnica de fertilización in vitro. El nacimiento de Louise Brown en Inglaterra fue un logro de los médicos Robert Edwards y Patrick Steptoe, generando gran polémica y controversia en esos días. El 15 de enero de 2007, a los 29 años, Louise dio a luz a un hijo, siendo la segunda persona concebida con esta técnica de reproducción asistida (la fertilización in vitro) que fue madre en forma natural.

¹⁹² Una interesante y documentada defensa del derecho de los hijos a su identidad y conocerla se encuentra en los trabajos de la profesora española María Dolores Vila-Coro. Especialmente relevante a este efecto es su trabajo Vila-Coro, María D., *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, 2ª reimpresión, San Pablo, Madrid, 2007. En particular véase el capítulo 4º, “Paternidad”, pp.113-135.

¹⁹³ Un ejemplo relevante es la *Declaración Universal de la UNESCO sobre el genoma humano y los derechos humanos*, aprobada por unanimidad y por aclamación, por la 29ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO, el 11 de noviembre de 1997, siendo el texto también adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 9 de diciembre de 1998 con ocasión de la conmemoración del 50º Aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. En sus veinticinco artículos, la Declaración contiene varios principios e ideas que pretenden ser claras limitaciones a las investigaciones que realicen los estados y comunidades científicas en el tema del genoma y consagrar la total primacía del respeto a la dignidad humana por sobre la investigación. Sin embargo, muchos de esos postulados no han sido desarrollados adecuadamente lo que puede generar problemas de interpretación y han suscitado las observaciones de numerosos grupos, como lo ha hecho por ejemplo, la Santa Sede. En su artículo

humana, sólo se busca mejorar nuestra calidad de vida y se postula cómo a través de ellos se puede mejorar considerablemente ésta y eventualmente encontrar remedios a enfermedades como el cáncer y las de tipo genético. Por el otro lado, un importante sector de la sociedad civil ve con temor la posibilidad de que en tiempos muy cercanos se llegue a intervenir de tal manera en la vida del ser humano que de modo indirecto se llegue a una especie de legalización de prácticas eugenésicas o a la discriminación de seres humanos en razón de su código genético. Si bien el descubrimiento del fuego o de la rueda han sido hitos en la evolución de la especie humana y factores decisivos en la formación de las civilizaciones, no podemos pasar por alto que jamás antes se puso en entredicho la posibilidad de cambiar o alterar la naturaleza del proceso de crear vida humana.

Reitero en todo caso que me sitúo en esta investigación desde el rol de personas que por su *identidad de género* o su *orientación sexual* sufren alguna discriminación que no es objetiva y razonable en el ejercicio de algún derecho que otro ejerce sin problemas y en este sentido me parece plenamente atendible sentar ideas básicas de conocimiento pues uno de los temas que plantea conflictos de discriminación a *homosexuales* o *transgéneros*, por ejemplo, es lo relativo a su (cuestionado) derecho a ser padres o madres, valiéndose por ejemplo de los avances de la ciencia cuando ello no es biológicamente posible y los derechos que puede tener, por ejemplo, un donante, anónimo o no.

Enmarcada en estos supuestos que he relatado, no está de más dejar sentado que la consideración de cual deba ser el entorno “normal” en que deba crecer un niño o niña, sea cual sea la forma en que venga a este mundo, es un tema cuya resolución está lejana en su final.

1°, consagra que “*en sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad*”, lo que podría interpretarse en el sentido de que se atribuyen al genoma la exigencia del consentimiento libre e informado de quienes se someten a investigación; un claro rechazo de todo reduccionismo de los individuos en razón de sus características genéticas y la obligación de no discriminación. Se impone a los Estados el deber de velar porque los resultados de las investigaciones no se utilicen con fines no pacíficos y se rechaza la utilización del genoma para la obtención de beneficios pecuniarios, obligando a reparar el daño que pueda causarse. En materia de clonación el artículo 11 establece efectivamente el rechazo a la clonación humana, pero sólo cuando esta sea “*con fines de reproducción de seres humanos*”, de modo que ha dejado abierta la posibilidad de la clonación para otros fines con lo que sin duda se puede burlar el espíritu de la Declaración cuando por ejemplo se aprueban leyes de clonación con fines terapéuticos. El artículo 10 complementa la norma. “*Ninguna investigación relativa al genoma humano en ninguna de sus aplicaciones, en particular en las esferas de la biología, la genética y la medicina, podrá prevalecer sobre el respeto de los derechos humanos, de las libertades fundamentales y de la dignidad humana de los individuos o, si procede, de grupos de individuos*”. Recogiendo los cuestionamientos que suscita el tema, en el año 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la llamada *Declaración de Naciones Unidas sobre la Clonación Humana*, en su Resolución 59/280 que en lo medular, recordando la Declaración de la UNESCO de 1997, prohíbe la clonación con fines de reproducción humana y pone la dignidad como eje de todos estos avances. En el ámbito convencional el marco hasta ahora de mayor desarrollo es la *Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad de la persona en relación con las aplicaciones de la biología y de la medicina*, conocido como *Convenio de Oviedo*, de 4 de abril de 1997, en vigor desde el 1° de diciembre de 1999. El mundo católico tampoco se queda al margen de emitir prescripciones en esta controvertida cuestión y así es como ha emanado recientemente desde la Congregación para la Doctrina de la Fe, la Instrucción *Dignitas Personae*, *Sobre algunas cuestiones de Bioética*, del 8 de septiembre 2008 en que se proclama la importancia de la vida humana y su dignidad, la que debe ocupar un lugar central en la reflexión ética sobre la investigación biomédica poniendo énfasis en los nuevos problemas relativos a la procreación humana remarcando claramente que para este orden normativo religioso la reproducción debe efectuarse en el marco del matrimonio entre un hombre y una mujer y, en ese marco, sería posible usar algunos de los desarrollos de la ciencia para ayudarse en la labor procreadora aunque hay que decir desde ya que califica de moralmente inaceptable buena parte - o todos - los métodos de fertilidad artificial. Antes ya había habido un pronunciamiento similar en la Instrucción *Donum vitae*, *sobre el respeto de la vida humana naciente y la dignidad de la procreación*, de 22 de febrero de 1987.

3.3.2.7.2. La anticoncepción.

La anticoncepción, como el nombre sugiere, se refiere en términos sencillos a la opción de mantener relaciones sexuales evitando la procreación que puede producirse como consecuencia del coito.

En los tiempos que corren hablar de anticoncepción ya no es un tema tabú pues socialmente se considera cada vez de forma más consensuada que no siempre es viable la fecundación como consecuencia de una relación sexual. Sea porque quienes participan en ella no desean procrear o sea porque, queriéndolo uno o ambos, ello puede acarrear problemas de salud para la madre o para el eventual embrión que se forme. Por estas esenciales razones hoy los métodos de control natal se han desarrollado fuertemente en el ámbito científico. Si a ello se suma la perspectiva demográfica y lo que significa para muchos países (y para toda la humanidad eventualmente) la falta de control sobre los nacimientos humanos, no debe sorprender que este aspecto sea especialmente relevante en lo que refiere a los comportamientos sexuales de los individuos.

Los principales métodos anticonceptivos *artificiales* son la píldora; el parche; el anillo vaginal; las inyecciones de progestina; el dispositivo intrauterino; el diafragma; los preservativos; los espermicidas.

La píldora, también conocida como contraceptivo oral o pastilla anticonceptiva, está constituida por hormonas que se suministran por vía oral con el objetivo alterar el ciclo menstrual para impedir la ovulación y por lo tanto, la fecundación del óvulo. En general tienen un 99% de efectividad si se es constante en su uso pero pueden producir efectos secundarios como náuseas o cambios de pesos en algunas mujeres lo que las hace no recomendadas en algunos casos. El parche anticonceptivo funciona por tecnología transdérmica, liberando pequeñas dosis hormonales - las mismas que poseen las pastillas - que se absorben a través de la piel, para llegar a la sangre continuamente. Son recomendados a fin de evitar el consumo de fármacos y especialmente porque hay menos riesgo de olvido que el consumo de la píldora que debe ser regular para producir el efecto esperado. El anillo vaginal se introduce en la vagina y es un método que tiene una eficacia similar a los anteriores pero es preferido por su comodidad y discreción ya que incluso puede retirarse durante el acto sexual sin riesgo. Las inyecciones de progestina generan una falta de menstruación en la mujer y deben ser colocadas cada tres meses, siendo reversible su efecto si ello no se cumple. El dispositivo intrauterino, conocido por su sigla DIU, es una pieza que se instala en el útero por profesional médico y que impide la fertilización ya que al alterar el útero y las trompas de Falopio, los espermatozoides que llegan al útero quedan allí detenidos sin poder ingresar a las trompas. El diafragma es una pieza circular que se inserta dentro de la vagina y que cuando está en su sitio, se ajusta perfectamente sobre el cuello del útero con un tipo especial de crema o jalea anticonceptiva y su acción para impedir la concepción es por vía del bloqueo. En efecto, el diafragma lo que hace es bloquear o taponear la entrada del útero con lo cual los espermatozoides

no pueden pasar por allí y la crema aplicada mata a aquellos que se acerquen por ahí. El preservativo, usualmente conocido en forma coloquial como “condón” o también como “profiláctico”, es una capucha delgada que se ajusta y envuelve al pene y su acción opera al atrapar el semen y evitar así que ingrese a la vagina. Se trata del único método anticonceptivo disponible para los hombres, además de la operación de esterilización¹⁹⁴. Los espermicidas en tanto, sustancias químicas que matan o alteran la movilidad de los espermios, constituyen un método no seguro de prevenir la concepción, con lo cual debe, según los informes médicos aparecidos en la literatura, usarse siempre en combinación con otro método.

Ahora bien, todos los métodos antes reseñados tienen en común el evitar la concepción, es decir, son métodos preventivos de concepción que normalmente operan *antes* o *durante* el coito.

Sin embargo, los avances científicos han creado un nuevo método de anticoncepción que opera con posterioridad al coito como una anticoncepción de urgencia.

Se trata de un tratamiento por vía oral con la llamada comúnmente “píldora del día después” con la cual debe iniciarse el tratamiento dentro de un lapso que va entre las 12 a 24 horas siguientes al coito y en ningún caso más allá de las 120 horas siguientes, si se quiere evitar efectivamente la concepción. Según el momento del ciclo menstrual en que se tome, esta clase de píldora funciona de diversas maneras; sea deteniendo la ovulación, sea inhibiendo a los espermios y su funcionamiento normal, sea previniendo la fertilización o sea inhibiendo el desarrollo del endometrio nutricio. Este método de anticoncepción ha sido especialmente discutido pues según muchos en realidad no previene un embarazo sino que produce un aborto. En países en que este último se penaliza y también en aquellos que son de una mayoría religiosa determinada, el uso de la “píldora del día después” puede resultar especialmente conflictivo, concretamente desde un punto de vista social y jurídico.

Junto con toda esta “gama” de métodos para evitar un embarazo, sea por la razón que sea que no se quiera esta posible consecuencia de una relación sexual, lo cierto es que también existen los métodos que puedo llamar *naturales* y que evidentemente tienen que ver con las condiciones en que se produce el coito de modo de buscar que este ocurra en un momento en que no sea factible que la mujer resulte embarazada o que tienen que ver con el momento y lugar en que hombre eyacula.

El más conocido de estos métodos es el que se conoce como “método por retiro” o también llamado “coito interrumpido”¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque su existencia y uso es bastante infrecuente, existe también el *condón femenino*, consistente en una funda que se introduce en la vagina que cubre gran parte de los genitales de la mujer y la base del pene.

¹⁹⁵ El nombre que tradicionalmente se le ha dado es también el de “onanismo” por referencia a la historia bíblica de Onán, segundo hijo de Judá, quien según la ley del levirato tenía que emparejarse con su cuñada para dar la descendencia que su hermano mayor fallecido no había dejado. Según el Génesis 38, versículos 8-9, su padre le dijo: “... -Unete a la viuda de tu hermano y cumple así con tu deber de cuñado para que tu hermano pueda tener descendientes por medio de ti. Pero Onán sabía que los hijos que nacieran no serían considerados suyos. Por eso, cada vez que se unía con la viuda de su hermano, procuraba que ella no quedara embarazada, para que su hermano no tuviera descendientes por medio de él”. De ahí entonces que en el acto de Onán de retirar el pene por esa razón está el inicio de los métodos de anticoncepción. En alguna literatura se llama “onanismo” a la práctica de la masturbación

De entre estos métodos naturales el que genera más acuerdo (y de hecho es el único permitido por la Iglesia Católica Romana) es el “método de conciencia de la fertilidad” o “método del ritmo”, y suponen la abstinencia del coito durante el período fértil de la mujer que es alrededor de la ovulación.

Una de sus variantes es el “método de la temperatura corporal basal” que supone recoger en tablas la temperatura corporal a lo largo del ciclo menstrual a fin de determinar el pick de la temperatura que se produce por la ovulación. El período fértil será entonces unos días antes y unos días después de dicha ovulación por lo que el resto de días pueden considerarse sin riesgo de embarazo en caso de mantener relaciones sexuales completas.

Finalmente, los métodos más radicales de anticoncepción son en verdad lo que son métodos de esterilización. En el caso del hombre ello es a través de una cirugía que se llama *vasectomía*. Respecto de la mujer existen diversos procesos quirúrgicos siendo la más común y conocida la llamada *ligadura de trompas* que consiste en la sección y ligadura del lugar en que se produce la fecundación y que comunica los ovarios con el útero o matriz.

Ante todo lo expuesto, la opción por uno u otro método de una mujer o de una pareja que no desee la concepción, pasará por una serie de condicionantes; desde las biológicas hasta las sociales, religiosas o meramente personales, o hasta el deseo de evitar no sólo un embarazo sino también el eventual traspaso de enfermedades de transmisión sexual.

Por supuesto que en cada caso, la elección de un cierto método supone que quien lo aplica deberá hacerlo cómo corresponde a fin de lograr la efectividad que se le supone. Por ejemplo, el uso discontinuo de la píldora dentro del ciclo de los 21 días puede hacer perder a esta su efecto anticonceptivo y será necesario usar un método adicional como el preservativo u otro. Frente a ello parece ser incuestionable entonces la necesidad de estar educado sexualmente, de manera de saber a ciencia cierta qué es un método anticonceptivo y cuál es el que resulta más apropiado para cada individuo en sus especiales circunstancias.

En el ámbito internacional la cuestión de los derechos reproductivos de la mujer y dentro de ello el uso adecuado de anticonceptivos y la necesidad de planificación familiar se han considerado como indicadores en las metas del objetivo No. 5 en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio expresado como “Mejorar la salud materna”¹⁹⁶ lo que prueba la relevancia que esta faceta de la sexualidad tiene para la institucionalidad internacional.

masculina lo que no es correcto ya que son conductas sexuales diversas la mencionada y la interrupción del coito cuando el pene está dentro de la vagina.

¹⁹⁶ Véase <http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/maternal.shtml> (último acceso: 23 de diciembre de 2009)

3.3.2.7.3. El aborto.

Sin duda, en el marco de todos los temas que se vinculan a las conductas sexuales y su relación con el derecho, sea éste el que más polémica y falta de consenso genera por lo que sólo entraré acá a ciertas precisiones por el fin que ya he explicado en apartados anteriores.

En términos muy simples se puede decir que el aborto es la terminación de un embarazo antes de su término, sea de forma *espontánea*, por ejemplo, por problemas de implantación del embrión, por alguna infección o por problemas de maduración de los óvulos; o sea en forma *provocada*, que supone el término violento antes de su final.

El aborto espontáneo no presenta mayor complicación desde el punto de vista del derecho pero sí lo hace el provocado, por ello es que al hablar de aborto lo haré entendiendo que refiero al que se conoce entonces como *aborto provocado*.

Hablar de aborto supone así sumergirse en un tema especialmente complejo y con implicancias médicas, sociales, éticas, religiosas, culturales y evidentemente legales.

Desde el punto de vista médico-quirúrgico y en una presentación bastante general sólo para los efectos ilustrativos que persigue este párrafo hay que indicar que se pueden emplear diferentes procedimientos para terminar con la criatura.

Una forma es el llamado *aborto por succión*, en que se aspira todo el contenido del útero y que se usa con mayor frecuencia en estados precoces de gestación. El *aborto por legrado* supone la introducción de una pequeña cucharilla cortante mediante la cual se secciona y extraer el feto y la placenta y que se usa normalmente hasta el tercer mes, siendo un procedimiento frecuente en abortos espontáneos. Una tercera forma es el aborto mediante el *desencadenamiento de un parto* habitualmente con prostaglandinas y oxitocina, lo que se usa desde el cuarto mes. Finalmente, las *cesáreas para extraer el feto* y dejarlo morir fuera o matarlo antes con líquido salino hiperosmolar para desencadenarla, es también una forma usada y la más frecuente cuando se trata de abortos muy tardíos.

También desde el punto de vista médico hay que consignar que todas estas clases de intervenciones provocan riesgos en la mujer de tipo físico, que pueden ir desde una infección y perforación uterina con riesgo vital incluso, hasta la posterior esterilidad, pasando por la posibilidad de enfermedades consecuenciales como un cáncer de mama, por ejemplo. Ello sin considerar todos los traumas de tipo psicológico que este tipo de procedimientos pueden causar a una mujer según sus particulares circunstancias y cuya recuperación a veces es más lenta aún que el reestablecimiento de los males físicos.

En el ámbito legal es posible ver que existe un tratamiento muy desigual para el aborto. Muchas legislaciones - prácticamente todas las del mundo - regulan el aborto, variando la clase de regulación desde aquellos estados que prohíben totalmente el aborto en todas sus formas, con el

caso emblemático de Chile que es uno de los ordenamientos más duros contra esta práctica¹⁹⁷, hasta aquellos estados que lo permiten sin restricciones con alguna clase de regulación que puede ser mayor o menor pero en todo caso permitiéndolo, como Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Cuba, China, Estados Unidos, Italia, Nueva Zelanda, entre otros, siendo Holanda y Suecia quienes tienen la reglamentación más permisiva sobre aborto.

Entre ambos extremos - la prohibición absoluta y la permisividad sin mayores requisitos - se encuentran aquellas regulaciones jurídicas que lo permiten en algunos supuestos, penalizando otros. Así, se encuentran como situaciones de excepción si el aborto es necesario para evitar un peligro grave para la vida o la salud física o psíquica de la mujer, que a veces se tipifican bajo la rúbrica de “aborto terapéutico”; si el embarazo es consecuencia de un hecho violento que pudiera ser configurador del delito de violación o de incesto (debiendo en ese caso practicarse en un cierto tiempo); si se presume que el feto va a nacer con graves taras físicas o psíquicas (también en este caso debiendo practicarse dentro de cierto tiempo antes del final del embarazo) o también en algunos casos por razones socio económicas en que se pueden considerar los recursos económicos de la madre, su edad, estado civil y el número de hijos vivos que ya tiene.

En cada caso entran a jugar como condicionantes por un lado, el derecho de la madre a controlar su propio cuerpo, y por el otro, el derecho de aquel que se está formando en el organismo de la mujer y que se entiende tiene ya vida y por tanto derechos desde el momento mismo de la concepción, de ahí que el tratamiento sea bastante disímil en unos países que en otros, llegando en algunos a permitirse el aborto en todos casos de forma casi libre por la madre argumentando en los derechos reproductivos de ésta y en su decisión a controlar su cuerpo, minusvalorando así los derechos de esa nueva vida concebida. En ambos casos entonces se apela a la misma idea: la defensa de los derechos humanos de los involucrados.

Dentro de todos los cuestionamientos que se pueden poner en bandeja al hablar del aborto uno de los más potentes es el de tipo religioso, y específicamente, desde la visión de la Iglesia Católica. En efecto, con la misma fuerza que ha condenado las conductas homosexuales la Congregación para la Doctrina de la Fe en su *Declaración sobre el Aborto*, de 1974 ha señalado que la vida humana es un valor primordial que debe ser protegido otorgada por Dios y respecto de la cual tenemos la responsabilidad de hacerla fructificar sin estar jamás facultados para disponer de ella.

¹⁹⁷ El 15 de septiembre de 1989, sólo unos meses antes de que dejara el poder el Gobierno Militar en el país, fue publicada en el Diario Oficial la Ley N° 18.826, que modificó el Código Sanitario que desde 1967 establecía en su artículo 119: “*Sólo con fines terapéuticos se podrá interrumpir un embarazo. Para proceder a esta interrupción se requerirá la opinión documentada de dos médicos-cirujanos*”. Con la reforma introducida por los militares la norma ha quedado hasta estos días así: “*No podrá ejecutarse ninguna acción cuyo fin sea provocar un aborto*”. La doctrina chilena, tanto constitucional como penal, han visto mayoritariamente que esta norma obedece a la congruencia con el mandato constitucional de proteger la vida del que está por nacer que se recoge en el artículo 19 N° 1° inciso 2° del texto de 1980. Una documentada opinión en contra, que proclama la inconstitucionalidad de este precepto del código sanitario la sustenta el profesor nacional Antonio Bascuñán Rodríguez a partir de una interesante consideración de los derechos de la mujer en relación a los del *nasciturus* y la regla de igualdad. Bascuñán, A. “La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004. Siendo un tema que no está verdaderamente instalado en la sociedad chilena y que divide a quienes entran a pronunciarse sobre el mismo, el 21 de diciembre de 2010 ha sido ingresado al Senado un proyecto de ley que busca despenalizar el aborto terapéutico, eugenésico o en caso de violación y que a inicios de enero de 2011 se encuentra en primer trámite constitucional.

En el ámbito del derecho internacional desde que los llamados derechos reproductivos han entrado a la escena de los derechos humanos con el trabajo en pro de la no discriminación de la mujer hay que decir que la voz es cada vez más unánime en el sentido de entender que esta tiene el derecho de disponer del fruto de la concepción que se encuentra en su organismo en los casos de riesgo a su salud y los referidos a las agresiones sexuales que provocan esa concepción.

Un caso emblemático es el *Protocolo Adicional a la Carta Africana sobre los Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer*, conocido como *Protocolo de Maputo*, de 11 de julio de 2003, en vigor desde el 25 de noviembre de 2005, que justamente vino a complementar el principal texto del sistema africano en relación a los derechos de las mujeres en múltiples ámbitos, señala que los estados partes deben tomar todas las medidas que resulten necesarias para proteger los derechos reproductivos de las mujeres a través de la autorización del aborto médico en casos de asalto sexual, violación, incesto, y donde el embarazo pone en peligro la salud mental o física de la madre o la vida de la mujer o del feto.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO.

A lo largo de este capítulo he ido mostrando diversas cuestiones que es necesario conocer y comprender si se quiere o pretende tener una visión de la sexualidad desde la cual puede entenderse cómo la viven (o la intentan vivir) algunas personas en el mundo.

Los desarrollos vistos muestran que a veces por simple desconocimiento o por pretensiones de superioridad moral, religiosa o de otra índole, se persigue imponer cuáles han de ser los contenidos y las formas de vivenciar la sexualidad por las personas, contrariando así lo que es una de las facetas esenciales en la construcción del ser “persona” y de la cual tienen que emanar evidentemente derechos y obligaciones en el marco de los cuales nadie debe ser discriminado en el ejercicio o en el reclamo de la prestación debida, aunque sin olvidar el respeto al derecho de los otros, cuestión que no es siempre fácil de compatibilizar.

CAPITULO SEGUNDO

LA DISCRIMINACION EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. **UN ANALISIS DE LAS DESIGUALDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL** **DERECHO**

INTRODUCCION AL CAPITULO.

Este capítulo contiene la segunda parte del marco teórico necesario para comprender la recepción que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hace de los aspectos identitarios del ser humano que derivan de su *sexualidad* en el desarrollo y aplicación de la norma de no discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual*.

En esta parte se analizan algunos enfoques teóricos para llegar a un concepto de igualdad y luego se entra al análisis en detalle de su manifestación normativa principal: la norma de no discriminar, considerando la precisión de las distintas clases de ellas, el concepto que se reconoce en el ámbito internacional y algunos aspectos del orden internacional normativo de los derechos humanos, indispensable para analizar la no discriminación específicamente por *identidad de género* u *orientación sexual* en los capítulos siguientes, considerando ciertamente en esta construcción tanto instrumentos que forman parte de las fuentes del Derecho Internacional, como los tratados, como aquellos cuyo carácter obligatorio no es igual, tales como las observaciones o comentarios generales que emanan de los órganos de vigilancia o declaraciones adoptadas en el seno de organizaciones internacionales.

1. LA IGUALDAD COMO PRESUPUESTO PARA HABLAR DE DISCRIMINACIÓN.

1.1. Ideas Preliminares sobre una aproximación a la idea de Igualdad.

El nuevo tiempo para la humanidad, concebido sobre la base de consagrar la igualdad entre todos los seres humanos y el respeto de los derechos humanos de cada individuo, comienza jurídicamente con la *Carta de las Naciones Unidas* y específicamente con la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas (en adelante también AGNU) como Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 1º señala que “*Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*”. Si bien declaraciones como estas no son nuevas a esa fecha, “nuevo es el ámbito de validez de sus

disposiciones”¹⁹⁸. Efectivamente, la *Declaración de derechos del hombre y del ciudadano*, de 1789 comienza diciendo que “*Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos*” y la *Declaración de Independencia de los Estados Unidos*, de 1776, afirma que “*Sostenemos como incontestables y evidentes por sí mismas las siguientes verdades: que todos los hombres han sido creados iguales; que han sido dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos derechos están, en primer lugar, la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad*”.

Uno de los grandes filósofos y juristas de nuestro tiempo, el italiano Norberto Bobbio, señala que hay diferencias entre estas declaraciones del siglo XVIII y la de 1948 pues, por ejemplo, en la de Estados Unidos de América la igualdad es una condición esencial, en cambio la libertad es mencionada junto a otros derechos, como el derecho a la vida y a la felicidad. Agrega que esta precisión no la tuvieron en vista los redactores de la *Declaración* del año 1948 pues en su momento ésta fue asimilada en su importancia y trascendencia para la humanidad con estos célebres textos, precursores en la positivización de los derechos fundamentales. Dice que estas declaraciones, si bien eran nuevas como instrumentos jurídicos, no lo eran en cuanto a su contenido que tenía a su vez su fundamento en la doctrina de los derechos naturales de John Locke, lo que no ocurre con la *Declaración Universal* que ahora significa no sólo una afirmación dotada de valor universal sino además, una afirmación dotada de eficacia práctica¹⁹⁹.

En efecto, en el camino del ser humano por que se respeten los derechos que tienen su base en su especial dignidad ha habido esencialmente tres momentos: el primero, en que no son más que ideales de la filosofía, sólo una aspiración; el segundo, cuando se consideran con valor jurídico en las declaraciones que luego van a pasar a ser las primeras constituciones y por tanto ya no son aspiraciones sino pretensiones jurídicas protegidas contra las violaciones que puedan venir de los particulares y el poder público; y tercero, cuando se protegen ya no en el mismo estado, sino eventualmente contra el estado.

Esto último es lo que Bobbio llama protección de segundo grado y que entra a jugar cuando el estado deja de cumplir sus obligaciones de carácter constitucional para con sus sujetos²⁰⁰ y coincide con lo que Peces-Barba ha llamado el *proceso de internacionalización de los derechos fundamentales*²⁰¹. Constituye lo que se llama el “principio de subsidiariedad” del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, llamado también “principio de complementariedad”.

Ahora, si bien encontramos esta nueva vida de ambas ideas, esto que parece tan obvio, la consagración de la igualdad entre los seres humanos a partir de la común dignidad, merece algunas

¹⁹⁸ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres”, en Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, 1991, p. 39.

¹⁹⁹ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 39.

²⁰⁰ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 39. Bobbio señala que este momento comienza con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 lo cual constituye en mi criterio una imprecisión jurídica al no estar dotada, en muy estricta técnica jurídica, de fuerza vinculante por tratarse de una Resolución de la Asamblea General. Sin embargo, es significativo el paso de un reconocimiento en instrumentos internos a los del ámbito internacional sobre todo cuando es esta Declaración precisamente la que marca el inicio de la adopción de acuerdos vinculantes. Por esa razón comparto, con la observación formulada, la apreciación de Bobbio sobre el inicio del tercer período.

²⁰¹ Peces-Barba, G. (con la colaboración de De Asís, R. y Barranco, M.), *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pp.115-119.

reflexiones, básicamente en la óptica de dilucidar qué se entiende por esta igualdad reclamada y consagrada ahora internacionalmente. Hago presente en todo caso que este estudio se centra en la norma de no discriminación contemplada en el Derecho Internacional, por lo que no aspiro, ni puedo, abordar acabadamente un tema de suyo complejo como la determinación de la igualdad en cuanto a su contenido y alcances. Sin embargo, como la no discriminación en general constituye la manifestación más visible del principio de igualdad y el instrumento para su realización, resulta ineludible no ignorar el tema y por tanto, enmarcar el análisis de la no discriminación en un estudio previo de la igualdad y su tratamiento el cual, por lo expuesto en el párrafo precedente, no agota en modo alguno ni pretende agotar una idea sobre la que se ha escrito tanto en las distintas ciencias humanas sino que sólo busca establecer un marco teórico que ayude a la mejor comprensión del porqué la existencia y del fin que persigue la norma internacional de no discriminación.

Para ello, lo primero que digo es que debe reconocerse que el tema es uno que traspasa la óptica jurídica. Es más, la igualdad es un concepto analizado desde buena parte de las disciplinas que se preocupan del fenómeno humano: desde la filosofía y específicamente, desde la filosofía política²⁰² y la filosofía del derecho²⁰³; desde la sociología²⁰⁴; desde la economía²⁰⁵; desde la antropología²⁰⁶. Atendido el objeto central de esta investigación me voy a quedar con el análisis de la igualdad que se hace desde la filosofía política y la filosofía jurídica, a través de las aportaciones principalmente de John Rawls y de quienes han seguido su teoría de la justicia, criticándola o perfeccionándola. Ello porque estimo que en la base de su teoría, que simplemente se podría

²⁰² Como bien indica Will Kymlicka al introducir su libro sobre filosofía política, lo que busca es "...ofrecer una introducción, y una valoración crítica, de las principales escuelas de pensamiento que dominan el debate contemporáneo en la filosofía política...", indicando luego que "...más recientemente, se ha puesto el acento en los ideales de la justicia, la libertad y la comunidad, a los que se apela cuando se evalúan las instituciones y las medidas políticas". Es decir, en la filosofía política actual las preocupaciones son las doctrinas sobre la sociedad justa, libre o buena, y ya no figuras que en el pasado se consideraron el eje focal de la filosofía política, como el poder, la soberanía o la naturaleza de la ley. Por cierto que este cambio de giro en la filosofía política, como bien lo reconoce el canadiense, se debe al importante trabajo de John Rawls, *Teoría de la Justicia*, de 1971. Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea*, Traducción de Roberto Gargarella, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1995, p.11.

²⁰³ El estadounidense Ronald Dworkin y sus aportes en el marco de la filosofía jurídica son un buen ejemplo. Dworkin fundamenta su filosofía jurídica en los derechos individuales, especialmente el derecho a la igual consideración y respeto, los cuales jamás pueden ser vulnerados por una decisión política u objetivo social colectivo, lo cual marca su postura como una claramente antiutilitarista e individualista, al menos en el discurso. Interesante es también su análisis de la igualdad a partir de la idea de la discriminación inversa. Dworkin, R., "La discriminación inversa", en *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, 4ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., Madrid, 1999.

²⁰⁴ Una prueba es el estudio del año 1997 del sociólogo francés Alain Touraine en que presenta su visión de la igualdad y las diferencias como condiciones de la sociedad en el marco del desarrollo histórico de la democracia. En su visión, los criterios de igualdad han cambiado e indica que ya no somos iguales por estar dotados de razón sino que porque buscamos "individuación". Llama "sujeto" a este esfuerzo del individuo por ser actor, por obrar en su propio ambiente y crear de este modo su propia individuación. En otras palabras, postula que el individuo busca la igualdad a partir de ser sujeto en el mundo moderno y globalizado para lo cual la democracia debe tender a construir los espacios que lo permitan. Touraine, A., *Igualdad y Diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, Traducción de Ricardo González, Segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.

²⁰⁵ Sin duda el más famoso economista que ha vinculado esta ciencia a los valores, entre ellos la igualdad, es el economista bengalí Amartya Sen, uno de cuyos aportes es la idea general de que frente al problema del hambre no se trata de un problema de falta de alimentos sino de una desigual distribución de ellos. Más contemporáneos son sus estudios sobre desarrollo humano y economía de bienestar. Su obra más representativa para los fines del análisis de la igualdad es Sen, A.; *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, cuyo análisis y planteamiento excede los fines de este estudio y que menciono sólo como referencia para el lector interesado en profundizar en esa óptica de la igualdad.

²⁰⁶ Entendiendo de manera simple que la antropología es la ciencia que estudia al ser humano de manera holística o integral, su análisis cubre también los comportamientos humanos, los patrones por los que éste se rige y las distintas manifestaciones de cultura. La comprensión de estas ideas desde esta línea de trabajo supone encontrarse con la igualdad en múltiples caminos. Ejemplo de esto son los estudios realizados por uno de los grandes antropólogos del siglo XX, el francés Claude Lévi-Strauss, quien a petición de la UNESCO ha elaborado dos trabajos como contribución al programa de lucha contra la discriminación racial. El primero *Raza e Historia*, en 1952, y el segundo, *Raza y Cultura*, en 1983, en que hace un análisis de la desigualdad entre razas y entre culturas. Lévi-Strauss, C., *Raza y Cultura*, Traducción de Sofía Bengoa y Alicia Duprat, Tercera edición, Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 2000.

resumir en esta idea central: “Todos los bienes primarios sociales - libertad y oportunidad, ingresos y riqueza, y los fundamentos de la propia estima - tienen que distribuirse de modo igual a menos que una distribución desigual de alguno de estos bienes o de todos ellos resulte ventajosa para los menos favorecidos”²⁰⁷, está la necesidad de llegar a la no discriminación como una norma con eficacia jurídica internacional, necesaria para alcanzar la justicia pues, como recuerda Gargarella²⁰⁸, sostiene Rawls que las instituciones básicas de la sociedad no deben distinguirse simplemente por ser ordenadas y eficientes: ellas deben ser sobre todo, justas. Bajo el término institución voy a considerar aquí al Derecho y específicamente, al Derecho Internacional²⁰⁹.

Por cierto también seguiré la cuestión a partir del análisis que hace Bobbio sobre el real significado y la concepción que tiene de la igualdad como parte de la idea de justicia. Mi adscripción al turinés se funda en que se preocupa, desde su visión, de la igualdad de la *Declaración Universal* de 1948 con la que se abre en el nuevo Derecho Internacional de los Derechos Humanos y asume como incontestable la juridicidad del ordenamiento internacional²¹⁰. Bobbio justamente a partir de este nuevo tiempo que surge en 1945 comienza a preocuparse en sus escritos de los derechos humanos y la igualdad, en estrecha relación con sus estudios anteriores sobre democracia y paz, y marca una nueva época en los estudios sobre los derechos humanos con su famosa frase en relación a la búsqueda de un fundamento absoluto a ellos: “El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de *justificarlos* como el de *protegerlos*. Es un problema no filosófico, sino político”²¹¹.

Con esta declaración de adscripción a los planteamientos que sobre la igualdad surgen desde la filosofía política y jurídica, especialmente a partir de Rawls y Bobbio, haré ahora entonces algunas reflexiones en orden a establecer ciertas cuestiones básicas para llegar a entender qué es la igualdad que se persigue conseguir con el mandato de no discriminar.

²⁰⁷ Rawls, J., *A Theory of Justice*, Oxford University Press, Londres, p. 303; citado por Kymlicka, W., *Filosofía política contemporánea* (cit.) pp.65-66.

²⁰⁸ Gargarella, R. *Las teorías de la justicia después de John Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1999, p.21.

²⁰⁹ John Rawls entiende por institución “...un sistema público de reglas que definen cargos y posiciones con sus derechos y deberes, poderes e inmunidades, etc. Estas reglas especifican ciertas formas de acción como permisibles, otras como prohibidas; y establecen ciertas sanciones y garantías para cuando ocurren violaciones a las reglas. Como ejemplos de instituciones o de prácticas sociales más generales, podemos señalar los ritos y los juegos, procesos judiciales y parlamentos, mercados y sistemas de propiedad”. Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Traducción de María Dolores González, Primera edición en español, Ediciones F.C.E. España, Madrid, 1979, p.76.

²¹⁰ Efectivamente Bobbio, a partir de su concepción normativa del derecho, refuta a los institucionalistas que niegan el carácter jurídico del Derecho Internacional por el problema que presenta la eficacia de las sanciones. Indica que el internacional es un ordenamiento con sanción sólo que en atención al carácter menos organizado de la sociedad internacional, en ella rige el principio de la autotutela en su aplicación y no el de la heterotutela, lo cual constituye en su opinión una diferencia sólo de grado y no de sustancia entre el derecho internacional y el interno, usando como ejemplo para probar su afirmación la institución de las represalias. Si bien hoy el de la juridicidad del Derecho Internacional es tema superado a mi entender, me parece relevante citar este postulado. Bobbio, N., *Teoría general del derecho*, Traducción de Eduardo Roza Acuña, Editorial Debate S.A., 2ª reimpresión, Madrid, 1993, pp. 133-135. Para conocer sistemáticamente las posiciones de los refutadores del carácter jurídico del Derecho Internacional y la defensa del mismo a partir de la consideración especial que merece la sociedad internacional frente a la sociedad interna y conocer diversas aproximaciones al concepto en cuanto Derecho, véase Remiro A. y Otros, *Derecho Internacional*, Editorial Mc.Graw Hill, 1ª edición, Madrid, 1997, pp.1-11 y Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pp.21-63.

²¹¹ Bobbio, N., “Sobre el fundamento de los derechos del hombre” en Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, 1991, p. 61.

1.2. El Concepto y las Concepciones de la Igualdad.

Para explicar esto, que a simple vista puede parecer un juego de palabras, me voy a remitir al estudio que hace Alfonso Ruiz Miguel²¹² sobre los orígenes de la distinción entre ambas ideas y como ella es particularmente relevante a la hora de entender la igualdad.

Dice Ruiz que donde primero se habría usado esta distinción es en el libro *Teoría de la Justicia*, de John Rawls - aunque tendría sus antecedentes en Hart - y surge ya cuando vemos lo que Rawls espera aportar con el mismo libro, "...ofrecer una concepción de la justicia sin preocuparse por el concepto de justicia, que da por supuesto. Rawls presupone que a partir de un concepto único existen varias concepciones distintas de la justicia, pero tal diferencia es desarrollada por él mediante dos caracterizaciones diferentes"²¹³.

A partir de ello diré que comparto la idea de que la igualdad es un solo concepto y que distintas son las concepciones que se pueden encontrar de la idea de igualdad, las cuales por cierto pueden o no ir cargadas de valoración normativa.

Efectivamente, recuerda Ruiz que existen dos caracterizaciones en la teoría de Rawls acerca de la distinción entre concepto y concepciones²¹⁴.

La primera caracterización rawlsiana entre concepto y concepciones es la que se da por el contenido. En este sentido de lo que se trata es que todos pueden estar de acuerdo en una idea común de la justicia pero a partir de las concepciones, discrepan sobre el alcance e interpretaciones de esas nociones, determinando y especificando su contenido de diversas maneras. Entonces lo que busca Rawls es defender una cierta interpretación o ciertos principios de justicia, a los cuales más adelante me voy a referir. Esta sería una labor de mero análisis conceptual, para eliminar ambigüedades y confusiones del lenguaje cotidiano, propio de la filosofía analítica.

La segunda caracterización rawlsiana entre concepto y concepciones es la que se da por el método. Esto significa que la argumentación de un punto de vista no solo ordena sino que busca la mejor opción a través de criterios valorativos o normativos. Esta sería una labor crítica y sustantiva, de argumentación y de propuesta valorativa comprometida, propia de la ética normativa.

Por cierto, creo que esta segunda es la visión que he de seguir en este estudio cuando más adelante opte por una concepción de la igualdad en relación a la no discriminación de entre las muchas que surgen de los estudios sobre la cuestión, como son la igualdad en cuanto igualdad jurídica; la igualdad en cuanto igualdad material, sustancial o real, o la igualdad en cuanto igualdad de oportunidades, lo que además supone que tomo la igualdad, para efectos de este estudio, como una idea con contenido y uso prescriptivo y no descriptivo, atendido que lo que busco es aproximarme a la igualdad que se manifiesta en la norma de no discriminar que, adelantando ya lo

²¹² Ruiz, A., "Sobre el concepto de igualdad", en Carbonell, M. (Compilador), *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª edición, México D.F., 2003, pp.31-41.

²¹³ Ruiz, A., "Sobre el concepto de igualdad" (cit), p.33.

²¹⁴ Ruiz, A., "Sobre el concepto de igualdad"(cit), pp. 33-36.

que diré luego, supone entonces la proposición de ciertas pautas de comportamiento para las personas y autoridades que, diciéndolo así por ahora, consiste en no dar trato de inferioridad a alguien²¹⁵.

Así las cosas y partiendo de estas ideas es posible tratar de llegar a un concepto de igualdad.

Ahora bien, cuando hablo de igualdad, atendido que estoy moviéndome en el plano del derecho, es evidente que me estoy refiriendo a la igualdad entre personas, cosas o hechos y no a la igualdad matemática que se identifica con la noción de “identidad” la cual jamás puede corresponder a la igualdad desde la óptica jurídica política.

En efecto, siguiendo a Peter Westen, para quien hay varias concepciones de igualdad pero un solo concepto, la igualdad matemática, que se aplica a los números entendidos como conceptos o abstracciones, consiste en una relación de igualdad que equivale a identidad absoluta, como sería por ejemplo: $5=5$ ²¹⁶.

Por el contrario, cuando los términos de una relación de igualdad son personas o cosas tangibles (a lo que Ruiz agrega hechos y situaciones²¹⁷), la identidad entre ellos no puede ser absoluta, sino sólo en algunos de los aspectos tomados como relevantes y pone como ejemplo “Pepe y Maria son iguales en edad o en capacidad, pero no en estatura ni en conocimientos”. Agrega el español que “Westen expresa bien la diferencia entre ambos tipos de igualdad al afirmar que mientras los seres describibles *poseen* dimensiones sin reducirse a ellas, los números *consisten* sólo en ser medidas de dimensión. Por eso los números pueden ser idénticos mientras que dos o más entes *perceptibles* - en oposición a meramente *pensables* - no pueden serlo, esto es, no pueden ser iguales en todos, absolutamente todos, los aspectos”²¹⁸.

Indica Ruiz que el relevante para la filosofía moral y jurídica es el segundo y en base a este trabajo de Westen da un concepto de igualdad en ese ámbito: “...puede decirse que la idea de igualdad establece una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque diferenciables en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro u otros aspectos conforme a un criterio relevante de comparación”²¹⁹, criterios que coinciden en mi entender con los que Bobbio denomina los “criterios de justicia”.

“El principio de igualdad, en el que se sintetiza la idea de la justicia formal en el sentido tradicional de la palabra (*suum cuique tribuere*), dice pura y simplemente que deben ser tratados de

²¹⁵ En una concepción normativa del Derecho como la que postula Norberto Bobbio y que me parece más completa que los enfoques meramente institucionales o relacionales como forma de entender el Derecho, éste se concibe como sistema de normas o reglas de conducta. Comparto la idea ya que efectivamente la vida humana es una llena de normas de distinto tipo: religiosas, morales, sociales; siendo las normas jurídicas sólo un tipo de norma, incluidas en este grupo las jurídicas internacionales, entre las cuales la de no discriminar es una presente en la gran parte de los acuerdos protectores y promotores de los derechos humanos. “Todas estas reglas son muy diversas por los fines que persiguen, por el contenido, por el tipo de obligación que hacen surgir, por el ámbito de su validez, por los sujetos a quienes están dirigidas. Pero todas ellas tienen un elemento común característico que consiste, como veremos más adelante, en ser proposiciones que tienen como fin influir en el comportamiento de los individuos y de los grupos, de dirigir la acción de aquéllos y de éstos hacia ciertos objetivos antes que a otros”. Bobbio, N., *Teoría general* (cit), p. 17.

²¹⁶ Véase: Part One: The Ordinary Meaning of ‘Equality’: Two. Mathematical Equality, en Westen, P., *Speaking of equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1990, pp.42-58.

²¹⁷ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.42.

²¹⁸ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.43.

²¹⁹ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.43.

igual modo todos aquellos que pertenezcan a la misma categoría. Pero, ¿con qué criterio deben ser establecidas las categorías? ¿Cuántas deben ser las categorías? ¿Cómo de grandes? Es obvio que la respuesta a estas preguntas no se encuentra en el principio de igualdad, sino en los llamados criterios o principios de justicia, como “a cada uno según su mérito”, “a cada uno según su necesidad”, “a cada uno según su rango”, etc. Son conformes al principio de igualdad tanto la máxima “a cada uno la misma cosa”, si en base al criterio adoptado resulta que todos los seres humanos son iguales, cuanto la máxima “a cada uno una cosa diferente”, si en base al criterio adoptado resulta que todos los seres humanos son distintos. También el privilegio puede ser considerado en último término como una aplicación del principio de igualdad, cuando se logra demostrar que aquel individuo tiene tales características singulares respecto a la disciplina en cuestión como para constituir una categoría por sí mismo”²²⁰.

Así las cosas y con estas primeras precisiones, resulta que decir “Todos los seres humanos somos iguales” es una frase retórica a la que hay que dotar de algún sentido pero que no puede entenderse en el sentido literal de igualdad como sinónimo de identidad. Si quisiera usar una frase de esas que tanto abundan en la literatura sobre el tema usaría “Todos los seres humanos en nuestras relaciones debemos ser tratados de igual manera si estamos en una misma categoría”. Claro que con ella me enfrento a los cuestionamientos que pretendo aclarar en los párrafos que siguen, tanto sobre el carácter relacional de la igualdad como en cuanto a las concepciones de ella que, dicho en otra terminología, son las distintas formas que se entiende que puede asumir la igualdad.

1.3. El carácter relacional de la Igualdad.

Como lo señalan la gran mayoría de los teóricos preocupados de la igualdad²²¹, entre ellos Bobbio, a diferencia de otros valores la igualdad es un concepto vacío y de tipo relacional, que sólo tiene contenido cuando lo ponemos en contacto con otro.

“A diferencia del concepto y del valor de la libertad, el concepto y el valor de la igualdad presuponen para su aplicación la presencia de una pluralidad de entes de los que se trata de establecer qué relación existe entre ellos: mientras podría decirse, en el límite, que pudiera existir una sociedad en la cual sólo uno es libre (el déspota), no tendría sentido afirmar que existe una sociedad en la cual sólo uno es igual. El único nexo social y políticamente relevante entre libertad e igualdad se confronta allí donde la libertad se considera como aquello en lo que los hombres, o mejor, los miembros de un determinado grupo social, son o deben ser iguales, de ahí la característica de los miembros de ese grupo de ser “igualmente libres” o “iguales en la libertad”: no hay mejor confirmación del hecho de que la libertad es la cualidad de un ente, y la igualdad un

²²⁰ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), pp. 45-46.

²²¹ Véase Pérez Luño, A., *Dimensiones de la Igualdad*, Colección Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 34, Editorial Dykinson, Madrid, 2005, p.18 y Westen, P., *Speaking of equality. An Analysis of the Rhetorical Force of “Equality” in Moral and Legal Discourse*, Princeton University Press, Princeton, New Jersey, 1990, p.12.

modo de establecer un determinado tipo de relación entre los entes de una totalidad, a pesar de que la única característica común de estos entes sea el hecho de ser libres”²²².

Fruto de este carácter relacional es que Bobbio se plantea dos preguntas claves para entrar a hablar de igualdad: “¿Igualdad en qué?” e “¿Igualdad entre quienes?”, las cuales como explicaré más adelante resuelve a partir de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* para explicar la consagración internacional positiva de la igualdad.

Este carácter relacional en todo caso es reconocido también como punto de partida de otros estudios sobre la igualdad²²³ y comparto entonces la idea que, en síntesis, se traduce en que la igualdad, a diferencia de otros conceptos como la libertad o la seguridad, no puede ser dotada de contenido sino en función de la comparación con otro, que puede ser una persona, una cosa o un hecho.

“El carácter relacional de la idea de igualdad, esto es, su postulación como *relación* entre personas, cosas o hechos, excluye que tal noción pueda referirse a *propiedad* alguna atribuible a personas, cosas o hechos, según ocurre en otros conceptos importantes en filosofía práctica, como los de libertad o seguridad. Así, la libertad humana es una propiedad atribuida a las acciones o a las decisiones, de modo que tiene sentido decir que una persona es o no libre sin más o, en todo caso, según se produzcan ciertas circunstancias relativas a dichas acciones o decisiones, como, por ejemplo, el que una acción no resulte impedida por obstáculos externos o el que una decisión no sea forzada por el miedo. No podemos decir, en cambio, que una persona, una cosa o una situación es igual sin más ni por referencia a circunstancias semejantes, sino que sólo puede ser igual a alguien o a algo, esto es, igual *en relación* con alguien o algo”²²⁴.

Agrega el autor que la igualdad supone entonces siempre predicar una relación comparativa entre, por lo menos, dos elementos, y que esta relación no supone establecer cualquier clase de comparación sino sólo la de igualdad. Esto excluye entonces relaciones de comparación de meras semejanzas en el sentido corriente del término, de inferioridad y de superioridad, y conduce a las conexiones entre *igualdad, identidad, semejanza y diferencia*.

Siguiendo este razonamiento está claro que en una relación de igualdad existen rasgos de diferenciación entre los elementos que forman parte de la comparación; esto lleva a la gran diferencia entonces con la noción de *identidad*, ya que mientras la igualdad supone al menos dos elementos, la identidad se refiere al mismo, a uno solo. En el extremo pone como ejemplo que dos

²²² Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), pp.55-56.

²²³ En efecto, Amartya Sen señala que la cuestión central en el tema del análisis y valoración de la igualdad parte por preguntarse “Igualdad de qué?”, lo que supone claramente un enfoque de ella con este carácter relacional que estoy refiriendo ya que la pone en función de dos elementos. Sen, A.; *Inequality reexamined*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1992, pp.xi y 12. Citado por Flores, I., *Igualdad, No discriminación (y políticas públicas): a propósito de la constitucionalidad o no del artículo 68 de la Ley general de población*; en Torre Martínez, C. de la (Coordinador), *Derecho a la no discriminación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 2006, p. 265.

²²⁴ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.44.

cosas pueden parecer exactamente lo mismo, pero su lugar y momento exacto de fabricación han de ser distintos²²⁵.

Frente entonces a la negativa de asimilar *identidad* e *igualdad* y reiterando por tanto que toda relación de igualdad supone que existe alguna diferencia entre los términos comparados, sean personas, cosas o hechos, dice Ruiz que esa relación vendría a coincidir con la noción de *semejanza* o *similitud*, recogiendo la idea aristotélica de la justicia como “tratar los casos *semejantes* de la misma manera y los casos diferentes de diferente manera”²²⁶ (la cursiva es del autor).

El problema dice Ruiz es que la idea de *semejanza* en sí misma es ambigua. “¿Es defendible esta equiparación entre igualdad y semejanza? Esto es, ¿afirmar que dos personas, cosas o hechos son iguales equivale a afirmar que son semejantes? Sí y no o, por decirlo más claramente, es defendible cuando se tiene presente la ambigüedad del término “semejanza” (y otros equivalentes, como “analogía, “parecido” o “similitud”) y se cae en la cuenta de la distinta función que puede cumplir, según los casos, hablar de la igualdad como semejanza.

En realidad, desde un punto de vista analítico, toda relación específica de *igualdad* entre dos o más términos supone predicar la *identidad* en algún aspecto con exclusión de otros aspectos en que también se *diferencian*. Respecto del conjunto de todos los aspectos - los idénticos y los diferentes - la relación puede ser considerada no sólo como de igualdad sino también como de *semejanza*. Pues bien, calificar a una relación como relación de igualdad permite poner de manifiesto la relevancia de los aspectos coincidentes entre los términos comparados, si bien queda oculto el dato de que no todos los aspectos - precisamente los considerados no relevantes - son coincidentes. A la inversa, calificar a una relación como de desigualdad implica poner de manifiesto la relevancia de los aspectos diferentes ocultando los comunes. Pero si igualdad y desigualdad son conceptos antitéticos y, al menos en el anterior sentido, unívocos, en cambio, el concepto de semejanza es ambivalente”²²⁷.

Lo que explica el autor es que el uso de la expresión *semejanza* para explicar la relación de igualdad supone el descarte de la *total identidad* de los elementos comparados y sirve para construir las categorías de *igual* y *desigual* a partir de la relevancia que se le otorgue a los elementos de identidad que puedan presentarse o a los de diferenciación.

En otras palabras, algo semejante puede ser igual y también diferente. Esto supone que cuando estoy frente a dos elementos y debo elegir, tengo dos opciones: puedo considerarlos iguales porque me parece que su identidad es común en muchos aspectos con lo cual me da lo mismo cual elija, o puedo elegir uno frente al otro precisamente porque siendo semejantes, tienen rasgos que los diferencian. “Sólo cuando queda aclarado que se usa la idea de semejanza en este segundo sentido, en cuyo caso podría hablarse de *semejanza relevante*, tal idea cumple una función equivalente a la igualdad. Función equivalente digo, pero no exactamente igual, puesto que, incluso resuelta la

²²⁵ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.45.

²²⁶ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.45.

²²⁷ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.46.

ambigüedad sobre la relevancia, hablar de semejanza parece proporcionar una visión más distanciada que deja ver, o al menos entrever, cómo la igualdad entre los dos términos no es absoluta en todos los aspectos, esto es, no es de identidad estrictamente dicha”²²⁸.

Utilizando esta ambigüedad de la idea de *semejanza*, la *diferencia* o *diferenciación* aparece también como una forma posible y defendible de igualdad, a partir de la variedad de funciones, ideas, preferencias y recursos individuales, en el marco de derechos y deberes iguales con exclusión de relaciones de dominación y jerarquía. Lo que en el lenguaje de Ruiz se llama *modelo pluralista* para contraponerlo a un *modelo uniformista* en que todo se atribuya a todos por igual bajo el signo de identidad que en todo caso, postula, también sería defendible a partir de la idea de semejanza como la he descrito²²⁹.

De hecho, la idea de *diferencia* sirve justamente y está en la base de lo que constituyen las llamadas “acciones positivas” como una manifestación de la necesaria diferenciación que lleva implícito el deseo de cumplir con el ideal de justicia respecto de ciertos grupos o colectivos, tema sobre el que iré más adelante.

Así las cosas y en síntesis, creo en base a lo analizado que tanto la idea de *semejanza* como la *diferencia*, aún con las ambigüedades que encierra especialmente la primera, sirve a efectos de definir lo que está en la base de una relación que se llame *igual* o *desigual*.

1.4. Las distintas concepciones de Igualdad.

Siguiendo la línea argumental que he expuesto párrafos más arriba en orden a que el concepto de igualdad implica siempre una relación entre dos o más personas, cosas o hechos que, aunque son distintos en uno o varios aspectos, son consideradas idénticas en otro u otros aspectos conforme a un criterio relevante de comparación, al momento de adoptar una cierta concepción sobre la igualdad debo necesariamente referirme a la relevancia de estos criterios en virtud de los cuales considero dos cosas distintas.

Esta relevancia me lleva necesariamente la consideración de la igualdad como el “baremo” para la calificación de una situación, una institución o una sociedad como justa.

La consideración de la igualdad como parte de la idea de justicia está presente en los planteamientos de Rawls y de Bobbio, en términos que ambos, me atrevo a decir, estiman que desde siempre se ha mirado a la justicia como la virtud o el principio que preside (o debe presidir) el ordenamiento en un todo armónico.

En este orden de ideas, Bobbio indica que para que actúe la justicia se necesitan dos condiciones: la instauración de la igualdad y el respeto de la legalidad.

²²⁸ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.47.

²²⁹ Ruiz, A., “Sobre el concepto de igualdad” (cit), p.47.

Reconoce dos acepciones clásicas de justicia. En primer lugar, justicia como legalidad: es decir, es justa la acción efectuada conforme a las leyes; es justo el hombre que observa las leyes y justas son las leyes que se adecuan a leyes superiores. En segundo lugar, justicia como igualdad: es decir, es justa una acción, un hombre o una ley que instituye o respeta, una vez constituida, una relación de igualdad. Admite que ambos significados se reconducen el uno al otro: “...el punto de referencia común entre ambos es el del orden, o de equilibrio, o de armonía, o de concordia de las partes de un todo”²³⁰.

Ahora, como el turinés concibe a la igualdad como una simple relación formal dice que lo que le da valor a esta relación es que sea justa. “En otras palabras, una relación de igualdad es un fin deseable en la medida en que es considerado justo, donde por “justicia” se entienda que tal relación tiene de algún modo que ver con un orden que hay que instituir o restituir (una vez turbado), con un ideal de armonía de las partes del todo, porque, además, sólo un todo ordenado tiene la posibilidad de subsistir en cuanto tal.

Aparece claro, así, una vez más, que la libertad es el valor supremo del individuo respecto del todo y que la justicia es el bien supremo del todo en cuanto compuesto de partes, o, en otras palabras, que la libertad es el bien individual por excelencia y la justicia es el bien social por excelencia”²³¹.

Dice luego Bobbio que la igualdad no es un valor en sí mismo sino que lo es en cuanto es una condición para la armonía del todo que constituye la justicia, concibiendo entonces a la justicia como un ideal y a la igualdad como un hecho.

A partir de concebir así que la esfera de aplicación de la justicia o de la igualdad como políticamente relevante es el de las relaciones entre individuos entre sí o con el grupo, concibe que en todo sistema social hay dos tipos de relaciones.

Las relaciones de intercambio, que es una relación bilateral y recíproca, en la cual el problema de la igualdad es el de equivalencia de cosas “(lo que se da ha de ser equivalente a lo que se tiene, lo que se recibe a lo que se tiene)”. En este caso habla de justicia retributiva²³². Las relaciones de convivencia, que es una relación multilateral y unidireccional, en la que el problema de la igualdad es el de la “equiparación” de personas en el proceso de asignación de ventajas o desventajas, de beneficios o gravámenes. En este caso habla de justicia atributiva²³³, que entiendo coincide con la idea de la justicia distributiva de que habla Rawls.

En ambas concepciones de la justicia ésta queda concebida como igualdad, por lo que lo que interesa ahora es saber como distinguir una igualdad justa de una igualdad injusta, lo que dice Bobbio que se debe hacer a partir del análisis de los llamados criterios de justicia, es decir, es el problema referido “...a los criterios que permiten establecer situación por situación en qué dos cosas

²³⁰ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.57.

²³¹ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit), pp.58-59.

²³² Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.61.

²³³ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), pp.60-61.

o dos personas deban ser iguales con el objeto de que la igualdad entre ellas pueda considerarse justa”²³⁴.

Dos cosas o dos personas pueden ser iguales o igualadas en muchos aspectos: esta igualdad o su igualación tiene que ver con la justicia sólo en cuanto corresponde a un determinado criterio (que se llama criterio de justicia), en base al cual se determina cuál de los dos criterios ha de considerarse relevante a objeto de distinguir una igualdad deseable de una igualdad no deseable.

“No hay teoría de la justicia que no analice y discuta algunos de los más comunes criterios de justicia, que por lo común se presentan como especificaciones de la máxima general y vacía: “A cada uno lo suyo”. Por dar algunos ejemplos: “A cada uno según su mérito”, “Según su capacidad”, “Según su talento”, “Según su esfuerzo”, “Según el trabajo”, “Según el resultado”, “Según la necesidad”, “Según el rango”, y así sucesivamente. Ninguno de estos criterios tiene valor absoluto ni es perfectamente objetivo, aunque existan situaciones en que se aplique predominantemente uno más bien que otro:...Incluso si la elección de este o aquel criterio es en parte determinada por la situación objetiva, a menudo depende, y a veces en última instancia, si bien no siempre conscientemente, de la concepción general del orden social, como demuestran suficientemente las disputas ideológicas sobre si es más justa una sociedad en la que cada uno reciba según su mérito o esa otra donde cada uno recibe según sus necesidades. En las situaciones concretas los diversos criterios quedan a menudo conformados unos con otros: piénsese en la variedad de criterios con que se seleccionan habitualmente los concurrentes a convocatorias de empleo público, donde se mezclan, se sobreponen y se confunden el criterio del mérito con el de las necesidades, el criterio de la antigüedad con el del rango. La máxima “A cada uno lo suyo” no enuncia ningún criterio, pero los comprende, en ocasiones, y los tolera todos”²³⁵.

En palabras simples, lo que dice Bobbio es que lo primero que hay que hacer para llegar a hablar de justicia es determinar por los criterios de justicia retributiva y atributiva la determinación de los criterios para considerar a dos personas equivalentes y equiparables.

Sólo después de ese proceso se aplica una tercera vertiente de la justicia que él llama la “regla de justicia” y que es la destinada a “establecer que se traten del mismo modo aquellos que se encuentran en la misma situación”²³⁶. “Por “regla de justicia” se entiende la regla según la cual se deben tratar a los iguales de modo igual y a los desiguales de modo desigual”²³⁷.

En buena medida, esta concepción de la justicia es similar a la de John Rawls con algunos matices; así mientras Bobbio considera que la igualdad es parte de la justicia, Rawls la considera como su antecedente necesario.

En efecto, Rawls señala que la igualdad es un paso necesario para llegar a la justicia en base a su teoría contractualista que, al símil de lo que fue en su momento la idea del contrato social de

²³⁴ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.62.

²³⁵ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), pp.63-64.

²³⁶ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.65.

²³⁷ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.64.

Rousseau, postula que los seres humanos vivimos en un estado original llamado “velo de la ignorancia”, que todos compartimos y que supone que en cuanto sujetos, este velo nos impide conocer cuál es nuestro lugar de clase o estatus social, la fortuna o desgracia que hemos tenido en la distribución de capacidades naturales, nuestra inteligencia, nuestra fuerza, nuestra raza, la generación a la que pertenecemos, ni las concepciones del bien o nuestras particulares propensiones psicológicas²³⁸.

Bajo ese velo, los sujetos después de deliberar tendremos que llegar a postular dos “principios de justicia” con los cuales nos comprometeríamos en este “contrato hipotético”:

1.- Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

2.- Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos²³⁹.

Dicho en forma resumida, su primer principio de justicia consiste en la distribución de porciones iguales de libertad para cada uno, y el segundo en la admisión de desigualdades cuando éstas ayudan en el bienestar de los que son más desfavorecidos.

Así entonces, Rawls estima que la igualdad ha de ser previa a lograr la justicia y siendo para él la justicia el máximo valor que se debe predicar de las instituciones para una convivencia armónica, la igualdad es requisito indispensable de esta convivencia.

Ahora bien, en esta concepción de la igualdad como parte y a la vez antecedente de la justicia, compartida en buena parte de sus elementos por Bobbio y Rawls, la cuestión se traduce en que deben ser tratados iguales los iguales y desiguales los desiguales para lograr la justicia.

El punto entonces es cómo y en qué se trata igual a los iguales y desigualmente a los desiguales: ¿Igualdad y Desigualdad de derechos? ¿Igualdad y Desigualdad de recursos y bienes materiales? ¿Igualdad y Desigualdad de oportunidades? ¿Igualdad y Desigualdad de resultados? ¿Igualdad y Desigualdad de obligaciones y responsabilidades?

En otras palabras, en qué debe consistir el trato igual que debe darse a los iguales.

El tema entiendo que se vincula a las distintas determinaciones, formas, dimensiones o interpretaciones de igualdad que se han desarrollado en el devenir histórico, las cuales por cierto están reconducidas en las dos “clases” de igualdad que tradicionalmente se explican como las más relevantes y sirven para fundamentar sistemas económicos y políticos diversos: la *igualdad material, sustancial o real* y la *igualdad formal o jurídica*.

“Desde el punto de vista lógico, la igualdad *material* implica la toma en consideración de circunstancias de contenido en la delimitación significativa de la igualdad. Ahora bien, para la filosofía jurídico-política la igualdad material se identifica con la idea de la equiparación y el

²³⁸ Gargarella, R. *Las teorías de la justicia (cit)*, p.36.

²³⁹ Gargarella, R., *Las teorías de la justicia (cit)*, p.39 y Rawls, J., *Teoría de la Justicia (cit.)*, p.82.

equilibrio de bienes y situaciones económicas y sociales. La reivindicación de la igualdad material o igualitarismo ha supuesto históricamente una doctrina o práctica que exige la igualdad del mayor número de individuos en el mayor número de bienes”²⁴⁰. Esto corresponde a lo que es el Estado social de bienestar, ligado a una concepción socialista como sistema político y económico y al cumplimiento de los identificados a veces como “derechos de segunda generación”, que corresponden a los económicos, sociales y culturales y que vienen a ser el marco para el pleno desarrollo de la personalidad del individuo.

“En su dimensión *formal* o jurídica la idea de igualdad suele referirse al principio de la igualdad ante la ley. Dicho principio supone el reconocimiento de la identidad del estatuto jurídico de todos los ciudadanos, lo que implica la paridad de trato en la legislación y en la aplicación del derecho. A su vez, este principio se traduce en una serie de manifestaciones e incide en una diversidad de planos, que no siempre han sido debidamente matizados”²⁴¹. De lo que se trata en esta dimensión de la igualdad es de trato igualitario en la legislación y en la aplicación de ella. Esta es la interpretación de la igualdad que está en la base de los sistemas liberales y capitalistas, incluida evidentemente su vertiente económica.

Creo que ninguna de esas formulaciones así concebida, sirve para lograr esta idea de tratar igual a los iguales y desigualmente a los desiguales y dotarla de un contenido práctico. Siendo válidas ambas, también comparten la insuficiencia.

La llamada igualdad sustancial o material porque el trato igualitario no se logra dotando a todos de los mismos bienes y recursos; existen diferencias naturales y otras sociales que no pueden ser obviadas a la hora de asignar recursos.

La igualdad formal también parece insuficiente por cuanto es claro que la realidad impide que la ley pueda dar el mismo trato a todas las personas en múltiples situaciones. Basta pensar por ejemplo en la incapacidad de los niños para contraer matrimonio, participar como electores o elegibles en procesos políticos de votación popular, o celebrar contratos, o en la restricción para que los extranjeros ejerzan ciertos derechos. En los hechos, pocas leyes afectan de igual modo a todos los ciudadanos. Como bien apunta Giménez²⁴², esta es una situación imposible en una sociedad diversa como la actual, donde la disparidad y complejidad de los supuestos de hecho impiden tal clase de simplificación legal y se hace necesario entonces criterios para entender que ciertas diferenciaciones son admisibles. Estos criterios son los que en el plano jurídico internacional corresponden a la “justificación objetiva y razonable” que se determina a partir de que la distinción tenga una finalidad constitucionalmente aceptada y sea proporcionada, y que han sido concebidos

²⁴⁰ Pérez Luño, A., “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad a propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad”, en Campoy, I. (Editor), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, p. 40.

²⁴¹ Pérez Luño, A., “Reflexiones sobre los valores de igualdad y solidaridad a propósito de una convención internacional para promover y proteger los derechos de las personas con discapacidad” (cit), p. 40.

²⁴² Giménez, D., *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p.33.

así por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en una doctrina que ha sido seguida por el resto de los órganos internacionales de la institucionalidad de derechos humanos, tema al que me referiré más adelante.

Para este fin me parece que una buena interpretación es la que habla de la igualdad en cuanto “igualdad de oportunidades”, la cual por cierto se acerca bastante más a una concepción de la igualdad en cuanto igualdad material que a la sola igualdad en lo formal pero no se queda sólo en la idea de igual reparto de bienes por parte del Estado sino que va hacia la idea de igualdad en el punto de partida para la obtención de los bienes a partir por cierto también, en mi forma de entender el tema, de la consagración de iguales derechos si se está en idéntica posición, lo que incluye por supuesto igualdad formal también en torno a las “acciones positivas” y la posibilidad de beneficiarse de ellas.

Se trata en síntesis de que todos podamos acceder a desarrollarnos plenamente en lo físico y en lo intelectual sin que sean obstáculo para ello las diferencias naturales o las sociales, pudiendo así llegar a la plena “igualdad de resultados”, concepción de la igualdad en estrecha relación con la igualdad de oportunidades y que supone la equiparación ahora en el punto de llegada.

“Considerado abstractamente por sí mismo, el principio de la igualdad de oportunidades no tiene nada de particularmente nuevo: no es sino la aplicación de la regla de justicia a una situación en la cual haya personas en competición entre sí para la consecución de un objetivo único, es decir, de un objetivo que no puede ser alcanzado más que por uno de los concurrentes...”

“Lo que una vez más hace de este principio un principio innovador en los Estados social y económicamente avanzados es el hecho de que se haya extendido enormemente por efecto del predominio de una concepción de carácter conflictual global de la sociedad, por la cual ella en su totalidad se considera como una inmensa competición para la consecución de bienes escasos. Tal extensión se ha dado al menos en dos direcciones: a) en la demanda de que la igualdad de los puntos de partida sea aplicada a todos los miembros del grupo social sin distinción alguna de religión, raza, sexo, clase, etc.; b) en comprender, entre las situaciones en las cuales la regla ha de aplicarse, situaciones económica y socialmente importantes, de manera bien distinta a los juegos y a los concursos, siendo tales, por dar algún ejemplo, la competición por la posesión de bienes materiales, para la consecución de metas particularmente deseables por todos los hombres, por el derecho a ejercitar ciertas profesiones...En otras palabras, el principio de igualdad de oportunidades elevado a principio general apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales. Sería superfluo añadir que el modo en que han de considerarse iguales las posiciones de partida, o las condiciones sociales y materiales que permitan considerar iguales a los competidores, son cosas que varían de sociedad a sociedad. Basta con plantearse preguntas como las siguientes: ¿es suficiente el libre acceso a escuelas iguales? Pero, ¿qué escuelas, de qué grado, hasta qué edad? Ya que a la escuela se accede desde la vida familiar,

¿no será necesario igualar las condiciones familiares en que uno se encuentra viviendo desde su nacimiento? ¿Dónde parar? No es superfluo, en cambio, reclamar la atención sobre el hecho de que, precisamente al objeto de situar individuos desiguales por nacimiento en las mismas condiciones, de partida, puede ser necesario favorecer a los más desposeídos y desfavorecer a los más acomodados, es decir, introducir artificialmente, o bien imperativamente, discriminaciones de otro modo no existentes, como sucede por lo demás en algunas competiciones deportivas en las que a los competidores menos experimentados se les concede una cierta ventaja respecto de los que lo son más. De tal modo, una desigualdad se convierte en instrumento de igualdad, por el simple motivo de que corrige una desigualdad precedente; de modo que la nueva igualdad es el resultado de la nivelación de dos desigualdades”²⁴³.

Esta última parte de las expresiones de Bobbio permite que su visión de la igualdad de oportunidades se concilie con la crítica que le hace Rawls a esa noción de igualdad y su relación con el principio de justicia distributiva.

Parece evidente que para el autor de la *Teoría de la Justicia*, la idea de igualdad de oportunidades concebida en abstracto no sirve para tratar con las desigualdades naturales entre los seres humanos. Partiendo de la distinción entre “desigualdades naturales” y “desigualdades sociales”, indica que nadie debe favorecerse de las primeras y en base a ellas llegar a tener un lugar mejor en la sociedad. Plantea entonces lo que llama el “principio de la diferencia”, en base al cual las mayores expectativas de quienes tienen ventajas naturales sólo son justas en el marco de un esquema que mejore a los miembros de la sociedad menos favorecidos²⁴⁴.

Me atrevo a decir que este matiz que introduce Rawl busca lo que él mismo llama “la justa igualdad de oportunidades”²⁴⁵.

Esto se traduce en la distribución de lo que llama “bienes primarios” a partir de comparar los sujetos desde sus expectativas sobre estos bienes sociales primarios, expectativas que define “simplemente como el índice de estos bienes que un individuo representativo puede esperar. Las expectativas de una persona son superiores a las de otra si este índice es mayor para alguien que esté en su misma posición. Ahora bien, los bienes primarios...son las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener, además de todas las demás que pudiera querer. Cualesquiera que sean en detalle los planes racionales de un individuo, se supone que existen varias cosas de las que preferiría tener más que menos. Teniendo más de estas cosas, se les puede asegurar a los individuos en general que tendrán mayor éxito en la consecución de sus intenciones y en la promoción de sus fines, cualesquiera que estos fines puedan ser. Los bienes sociales primarios, presentados en amplias categorías, son derechos, libertades y oportunidades, así como ingresos y riquezas....Parece evidente que, en general, estas cosas corresponden a la descripción de bienes primarios. A la vista de su conexión con las estructuras básicas, las libertades y las oportunidades son definidas por las

²⁴³ Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), pp. 77-79.

²⁴⁴ Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (cit.), pp. 97-106.

²⁴⁵ Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (cit.), p. 101.

reglas de las principales instituciones, y la distribución del ingreso y de la riqueza está regulada por ellas”²⁴⁶.

Creo que es esta interpretación de la igualdad, como igualdad de oportunidades y con los aportes rawlsianos sobre los que llama “bienes primarios” y su necesaria distribución igualitaria, situada en lo que es la concepción de la igualdad como antecedente y requisito de la justicia, lo que sirve para explicar la necesidad de consagrar en el orden positivo internacional la regla de no discriminar.

Además, en la formulación bobbiana, al tratar de la igualdad de oportunidades creo que está reconociendo la existencia y necesidad de las llamadas “acciones positivas” o “acciones afirmativas”, aunque no surja expresamente de las palabras de su autor y que sirven en la realidad de los hechos para mejorar a aquellos que naturalmente están en una posición más desventajosa en el punto de partida, pudiendo así optar a alcanzar un mejor resultado, con el caso emblemático acá de las mujeres.

Pese a considerar un buen aporte la teoría rawlsiana no quiero al concluir esta parte omitir la crítica que se le hace por alguna corriente del mundo preocupado de los derechos de las mujeres en el sentido de que en su construcción original - la que he explicado más arriba - el filósofo estadounidense olvida una perspectiva *femenina* respecto de muchos asuntos y mantiene la discutida y criticada dicotomía entre lo público y lo privado, lo que trata de revertir en su obra posterior²⁴⁷.

1.5. La Igualdad en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Partiendo de estas premisas entonces: que igualdad no es sinónimo de identidad; que tiene un contenido relacional y que entre las múltiples concepciones de ella, es la *igualdad de oportunidades* la que mejor responde al valor justicia que tanto se persigue en cada sociedad y que a su logro está llamada a servir la norma de no discriminación y alguna de las manifestaciones de ella como las llamadas “acciones positivas”, vuelvo a Bobbio para presentar el análisis que hace de la igualdad que se consagra en la *Declaración Universal* de 1948, en cuanto considera este instrumento el inicio de un nuevo “tiempo de los derechos”, parafraseando el título de uno de los artículos que configura uno de sus grandes aportes a la teoría de los derechos humanos²⁴⁸.

Bobbio va al contenido de la frase del artículo 1º de la *Declaración* y dice que no es obvio lo que literalmente dice ese artículo. No es verdad indica, que los hombres nacen libres y que nacen iguales; lo que hay que hacer es interpretar esta frase para darse cuenta que no es obvia: “Que los

²⁴⁶ Rawls, J., *Teoría de la Justicia* (cit.), p. 114.

²⁴⁷ Véase Mullally, S., *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp.41-57.

²⁴⁸ Su artículo “*El tiempo de los derechos*” fue escrito en 1987 a partir de una conferencia dada por Bobbio en Madrid, España, y forma parte de la obra *El tiempo* (cit.), pp. 97-112. En él destaca como uno de los signos de estos tiempos el reconocimiento de los derechos, lo cual indica no es nuevo pero sí ha renacido a partir de que tras la segunda guerra mundial el tema pasó de ser nacional a internacional, poniendo especial énfasis en el proceso de especificación de los derechos, remarcando el individualismo a partir de la visión que llama “filosofía de la historia”.

seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que deben ser tratados como si fuesen libres e iguales. La expresión no es la descripción de un hecho, sino la prescripción de un deber. ¿Cómo es posible esta conversión de una descripción en una prescripción? Es posible si se considera que el decir que los seres humanos nacen libres e iguales quiere decir en realidad que los seres humanos nacen libres e iguales por naturaleza, es decir, según su naturaleza ideal, elevada a criterio supremo para distinguir qué se debe hacer y qué no se debe hacer. En otras palabras, se podría decir que la libertad y la igualdad de la que se habla en aquel artículo no son un hecho sino un derecho, más precisamente, aquel derecho que corresponde al ser humano, antes que de una constitución positiva, de la constitución misma de su personalidad, todavía más, de su naturaleza ideal”²⁴⁹.

En este camino es que se funda también para afirmar que somos reconducidos, como se ve, a la doctrina de los derechos naturales que aparece reformulada en una visión moderna a su entender en este texto, tema al que no me referiré pues excede mis objetivos²⁵⁰.

Ahora bien, a partir de esa interpretación y de la doble interrogación que plantea es necesario especificar para llegar a entender la igualdad y como debe ser aplicada (¿igualdad en que? e ¿igualdad entre quienes?) analizar la igualdad de esta nueva era.

Respecto a la primera pregunta: ¿igualdad en que?, hay que responder que “en dignidad y derechos”, según dice la *Declaración Universal*, lo que el jurista turinés entiende como los derechos que la misma enuncia y que llama “mínimo común denominador de las legislaciones de todos los países”²⁵¹.

Respecto a la segunda pregunta: ¿igualdad entre quienes?, dice Bobbio que el texto responde que respecto a los derechos fundamentales todos los seres humanos son iguales, esto es, responde afirmando la igualdad *entre todos*, y no sólo entre los pertenecientes a esta o aquella categoría. Esto quiere decir que respecto a los derechos fundamentales enumerados en la declaración, todos los seres humanos deben ser considerados pertenecientes a la misma categoría”²⁵².

Dice que la llegada a este momento es un largo y complejo proceso histórico de eliminación de discriminaciones y de distintas categorías entre individuos hasta llegar a una categoría unificadora en que se reconoce la naturaleza común del hombre por encima de sexo, raza, religión, etc.

Esos criterios superados son los que están en el artículo 2º de la *Declaración* del 1948 y refiere especialmente al del artículo 2º.2º que contempla la discriminación basada en la pertenencia a un estado soberano o con soberanía limitada lo cual es una visión correcta de un criterio de discriminación a veces ignorado. Añade que la norma contiene las diferencias que se han visto a lo largo de la historia y que se han constituido en relevantes para dar lugar a discriminaciones y que

²⁴⁹ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 40.

²⁵⁰ Para conocer su teoría moderna de los derechos naturales y las distinciones que formula con la idea de Derecho Natural, puede verse Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), pp. 40-42.

²⁵¹ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 46.

²⁵² Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 47.

según señala pueden ser divididas así: diferencias naturales; como la raza (y color) y el sexo; diferencias histórico-sociales; como la religión, la opinión política, la nación (y lengua), la clase social; diferencias jurídicas; como el status político o civil derivado de la pertenencia a este o a aquel tipo de Estado²⁵³.

Esta forma de entender las desigualdades venía ya manifestada en el siglo XVIII por el ginebrino Jean Jacques Rousseau en el *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, en que distingue las desigualdades naturales y las sociales. Las primeras serían aquellas producidas por la naturaleza y que en cuanto tales, son benéficas o al menos moralmente indiferentes. Las segundas son las producidas por la maraña de relaciones de dominio económico, espiritual y político, de que está entretejida la civilización humana. Son estas últimas la que Rousseau planteaba que había que eliminar²⁵⁴.

Lo importante también del aporte de Bobbio, considerando que escribe a pocos años de adoptada la *Declaración Universal*, es que asume como un hecho evidente que las discriminaciones del artículo 2º no son todas las posibles entre los seres humanos y habla en esto de discriminaciones no previstas aún y discriminaciones históricamente presentes que la conciencia moral continúa considerando relevantes para dar a algunos ciertos derechos.

De las primeras da como ejemplo la eventual superioridad de los extrovertidos sobre los introvertidos (hipótesis que él mismo ya califica de “alegre”). De las segundas pone como ejemplo la clásica distinción entre menores y adultos para la atribución de derechos. Frente a ella me parece que habría que hacer matices pues en su condición de sujetos, claramente hoy sí reconocida, los niños están en situación de mayor vulnerabilidad lo que hace necesario en mi criterio algunas precisiones pero es claro que pueden gozar y ejercer muchos derechos que hoy se le han ido confiriendo en instrumentos internacionales, tratando de superar así este criterio histórico de diferenciación.

Como se ve entonces a partir de todas estas reflexiones, en la concepción de Bobbio de la igualdad como justicia, una vertiente de la igualdad es entender el principio “como eliminación de las discriminaciones...”²⁵⁵ a lo que agrego: en el trato que debe existir entre los seres humanos en el acceso a las distintas oportunidades que se presentan en las diversas esferas de la vida individual y social.

Este enfoque y su idea de que la justicia es el orden armónico del todo, me permite llegar a hablar de la no discriminación como la norma (o el principio, si alguien aspira a mirarlo desde una óptica menos normativa) que sirve de manifestación a la idea de igualdad desde el punto de vista del derecho, teniendo a la idea de igualdad de oportunidades como la concepción a la que adhiero en este estudio con el matiz que he efectuado sobre el punto de llegada, o sea, la igualdad de resultados.

²⁵³ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 48.

²⁵⁴ Citado por Bobbio, N., *Igualdad y libertad* (cit.), p.71.

²⁵⁵ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), p. 48.

2. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION EN EL AMBITO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

2.1. Los distintos sentidos del término Discriminación. “Distinguir” y “Discriminar”.

Discriminar, de acuerdo al Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, tiene dos acepciones: primero, “*separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra*” y segundo, “*dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.*”²⁵⁶.

De esta lectura surge a primera vista que habría una “discriminación” que no hace valoración alguna, es entonces “avalórica” o neutra en ese sentido y, por esa misma razón, admisible en general e irrelevante (en principio) para efectos de este estudio y que voy a llamar de aquí en adelante “distinción”. Frente a esta acepción neutra hay otra discriminación que, al incluir el componente de inferioridad en el trato, lleva inmersa una valoración, claramente negativa, y que por tanto es la que me interesa y que llamaré “discriminación”.

Claramente no tiene ninguna importancia la agrupación o separación de los estudiantes de un clase de gimnasia en hombres y mujeres; sin embargo, si fruto de esa separación uno de los grupos recibe un trato inferior sí estaríamos en una separación valóricamente criticable que se llama “discriminación”.

Así por lo demás se reconoce en la doctrina de derechos humanos y en el plano internacional en el ámbito normativo, con las precisiones que haré un poco más adelante.

Efectivamente la discriminación ha sido definida por los teóricos de los derechos humanos como “Trato excluyente o inequitativo que recibe un individuo o grupo por su presunta o real identidad o diferencia respecto de otros individuos o grupos”²⁵⁷, definición que comparto al incluir dos elementos que creo están en la base de la idea: el trato de inferioridad respecto de otro, y la consideración tanto de las discriminaciones individuales como grupales (tema este último importante frente a las “acciones positivas” como se verá luego).

En la misma línea se ha dicho de la discriminación que “...no es cualquier diferenciación, en el sentido más neutro de la palabra, sino aquélla que se funda en un prejuicio negativo en virtud del cual los miembros de un grupo son tratados como seres no ya diferentes sino inferiores (en ciertos aspectos, al menos). El motivo de la distinción es algo más que irrazonable, es odioso, y de ningún modo puede aceptarse porque resulta humillante para quienes sufren esa marginación”²⁵⁸.

Bobbio por su parte señala que a la discriminación se llega por vía de un proceso mental que simplifícadamente da los elementos para formular una aproximación conceptual: “...se constata que existen diferencias de hecho entre los individuos pertenecientes al grupo A y los pertenecientes al

²⁵⁶ *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Tomo I, Madrid, 2001, p 833.

²⁵⁷ Valencia, H., *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2003, p.148.

²⁵⁸ Bilbao, J.M. y Rey F., “El Principio Constitucional de Igualdad en la jurisprudencia española”, en Carbonell, M. (Compilador), *El principio constitucional (cit.)*, p.111.

grupo B;...se consideran estas diferencias de hecho como reveladoras de diferencias de valor, de donde se deduce que el grupo A es superior al grupo B;...se atribuye al grupo superior, en razón de su superioridad (de aquí la aplicación del rango), el poder de oprimir al grupo B”²⁵⁹.

Westen en tanto recuerda que este sentido “negativo” que tiene la expresión discriminación es relativamente reciente y que en el discurso legal del siglo XX adquirió esta connotación peyorativa que la hace sinónimo de expresiones como “parcialidad”, “prejuicio”, “favoritismo”, “fanatismo” o “intolerancia” y por cierto en directa relación con la discriminación sufrida en América por las personas de color²⁶⁰.

En el ámbito internacional por su parte, en cuanto al uso y significado de ambas expresiones es menester hacer algunas precisiones, por la razón que paso a explicar.

Ocurre que en los textos originales en inglés, francés y español de diversos instrumentos sobre derechos humanos, aparecen usadas las dos expresiones para referir a una misma idea²⁶¹.

De partida, la propia *Carta de las Naciones Unidas* - que aunque no es un texto de derechos humanos es el marco a partir del cual se produce el desarrollo normativo sobre el tema - en su versión oficial en inglés usa en los artículos 1°.3°.b.; 13.1°.b.; 55.c. y 76.c. la expresión “*without distinction*”. En el texto en español usa “*sin distinción*” en cada uno de esos artículos y en el texto en francés “*sans distinctions*” también en cada uno de los preceptos referidos y que son los que se refieren a la idea de no discriminación en derechos humanos.

Por su parte, la *Declaración Universal* del año 1948 en su versión en inglés usa también “*without distinction*” en el artículo 2° y en cambio en el artículo 7° utiliza en las tres ocasiones en que se refiere a la idea, la expresión “*discrimination*”. En el texto en español en tanto usa la expresión “*distinción*” en el artículo 2° y en el 7° indistintamente ambas al usar primero “*distinción*” y luego dos veces “*discriminación*”. En el texto oficial en francés en tanto se usa en el artículo 2° la expresión “*distinction*” y en el artículo 7° repite la fórmula castellana al usar primero “*distinction*” y luego dos veces “*discrimination*”.

Por su parte, en el texto en inglés del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* se usa en el artículo 2°.1° la expresión “*without distinction*”, en tanto que en el artículo análogo del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (PIDESC), el artículo 2°.2°, se usa la expresión “*without discrimination*”. En los textos en francés en tanto se encuentra “*sans distinction*” en la norma referida del PIDCP y “*sans discrimination aucune*” en la del PIDESC; y en los textos en español se usa en el PIDCP “*sin distinción*” y en el PIDESC se emplea “*sin discriminación*”.

²⁵⁹ Bobbio, N., “Igualdad y dignidad de los hombres” (cit.), pp. 48-49.

²⁶⁰ Westen, P., *Speaking of equality*. (cit), p.132, en nota 2 al pie de página.

²⁶¹ Las versiones oficiales en distintos idiomas de los tratados internacionales sobre Derechos Humanos de las Naciones Unidas pueden consultarse en la página oficial del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. <http://www.ohchr.org/english/> (último acceso: 1° de enero de 2011)

El artículo 26 del PIDCP en tanto, principal norma de no discriminación autónoma en el ámbito universal, utiliza la expresión “*discriminación*” en su versión en español; “*discrimination*” en su versión en francés y “*discrimination*” en su versión en inglés.

En los planos regionales en tanto ocurre algo más o menos similar en cuanto al uso del lenguaje en las distintas versiones de los textos.

Así, en la versión francesa del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en el artículo 14, que es el que se refiere a la no discriminación, se usa la expresión “*sans distinction aucune*” en tanto que en la versión en inglés se usa “*without discrimination*”²⁶².

En la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* en tanto, en el artículo 1º.1º se usa en español la expresión “*sin discriminación*” y en el texto oficial en inglés “*without any discrimination*”²⁶³.

En relación al tema y en orden a precisar si son equivalentes las expresiones usadas, ha habido pronunciamientos tanto en el nivel de los órganos de ONU como a nivel jurisprudencial internacional.

En relación a los Pactos del año 1966, como tuvo ocasión de señalarlo el Relator Especial Marc Bossuyt encargado de elaborar un informe sobre “*El concepto y la práctica de la acción afirmativa*”, de los trabajos preparatorios de los dos convenios se puede llegar a desprender que ambas quieren referir a la misma idea y que el término correcto (o más apropiado) sería “*discrimination*”²⁶⁴, lo cual coincide con lo que he dicho a propósito de la búsqueda de la una definición.

En relación ahora a la cuestión en el *Convenio Europeo*, el mismo Bossuyt recuerda que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia dictada el 23 de junio de 1968, en el famoso *Asunto lingüístico belga*, dejó claro sobre el punto del artículo 14 que pese a la amplitud de la expresión usada en el texto en francés ello no significa que el texto prohíba toda distinción y que debe analizarse a la luz del término más restringido que se usa en inglés²⁶⁵. “*In spite of the very general wording of the French version (“sans distinction aucune”), Article 14 does not forbid every difference in treatment in the exercise of the rights and freedoms recognized. This version must be read in the light of the more restricted text of the English version (“without discrimination”). In addition, and in particular, one would reach absurd results were one to give Article 14 an interpretation as wide as that which the French version seems to imply. One would, in effect, be led to judge as contrary to the Convention every one of the many legal or administrative provisions which do not secure to everyone complete equality of treatment in the enjoyment of the rights and freedoms recognized. The competent national authorities are frequently confronted with situations*

²⁶² Las versiones oficiales en distintos idiomas de los tratados Derechos Humanos adoptados en el marco del Consejo de Europa puede consultarse en la página oficial <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTraites.asp?CM=8&CL=ENG> (último acceso: 7 de enero de 2011)

²⁶³ Las versiones oficiales en distintos idiomas de los tratados Derechos Humanos adoptados en el marco de la Organización de Estados Americanos puede consultarse en la página oficial <http://www.oas.org/DIL/treaties.htm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

²⁶⁴ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11, párrafo 48.

²⁶⁵ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11, párrafo 51.

or problems which, on account of differences inherent therein, call for different legal solutions; moreover, certain legal inequalities tend only to correct factual inequalities”²⁶⁶.

Haciéndose eco del tema terminológico, también la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dado su respaldo al tema conceptual en el sentido que vengo indicando.

En efecto, en su Opinión Consultiva N° 18²⁶⁷, de 17 de septiembre de 2003, emitida a propósito de la consulta mexicana sobre la condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados y específicamente en el tema de los derechos sociales de quienes están indocumentados, este tribunal trabaja en los conceptos de “distinción” y “discriminación”. Dice en la parte pertinente: *“En la presente Opinión Consultiva se hará una diferenciación al utilizar los términos distinción y discriminación. El término distinción se empleará para lo admisible, en virtud de ser razonable, proporcional y objetivo. La discriminación se utilizará para hacer referencia a lo inadmisibles, por violar los derechos humanos. Por tanto, se utilizará el término discriminación para hacer referencia a toda exclusión, restricción o privilegio que no sea objetivo y razonable, que redunde en detrimento de los derechos humanos”*.

Lo analizado hasta acá permite concluir entonces que existe, tanto en doctrina como en Derecho Internacional, una frontera entre los términos involucrados: “distinguir” y “discriminar”. Si bien ambos llevan en sí la idea de “diferenciar” es el segundo el que tiene la connotación vulneradora de derechos humanos que es lo que interesa a efectos de este trabajo, siendo el primero una noción neutra y aún cuando eventualmente se usen indistintamente en textos internacionales, ambos refieren a lo que llamo “discriminación”. De este modo en el curso de este trabajo cada vez que me refiera a un instrumento internacional que use la expresión “distinción” en cualquiera de sus versiones idiomáticas oficiales entenderé que lo hace a lo que se define como “discriminación”, sin perder de vista en todo caso que se reconocen internacionalmente “distinciones” (estrictamente hablando) que dan lugar por ejemplo, a las llamadas “acciones positivas”, concepto que explicaré más adelante. Por esta razón he considerado pertinente referirme a esta cuestión en este apartado.

Pese a esta clarificación, la pregunta evidente que surge es donde está la frontera entre ambas diferenciaciones o, dicho en otras palabras, cuándo estamos frente a una diferenciación que sea “discriminación” y no mera “distinción”, es decir, cuando la “diferenciación” se transforma en odiosa, irrazonable, desproporcionada y en un trato de inferioridad para uno (a) o algunos (as), lo cual evidentemente tiene importancia a la hora de invocar la norma de no discriminación en el ámbito jurisprudencial internacional.

En los apartados siguientes trataré de construir la respuesta a partir de la doctrina, los trabajos de los órganos especializados de Naciones Unidas y la jurisprudencia sobre derechos humanos en el

²⁶⁶ He copiado el texto en su versión original en inglés por la naturaleza del punto en relación al cual lo señalo. Disponible en inglés como caso 8 en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionId=12297544&skin=hudoc-en&action=request> (último acceso: 11 de junio de 2010)

²⁶⁷ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

plano internacional, viendo cómo la idea de “discriminación” se ha introducido y perfeccionado en el discurso doctrinario y en el positivo internacional.

Antes y siguiendo con el orden que estimo adecuado, analizaré las distintas formas de discriminación que se pueden presentar en la teoría y en la práctica para ver luego la noción de “acciones positivas”, directamente vinculadas a la idea de discriminación.

2.2. Distintas formas de Discriminación.

2.2.1. Discriminación Directa y Discriminación Indirecta.

La idea que primero viene a la mente de quien se interese en la cuestión de la discriminación es que ella supone la “intención” de causar el trato inferior en quien la padece a partir de la consideración negativa de ciertos criterios. Así efectivamente parece ser. Sin embargo, muchas veces tanto los comportamientos estatales, a través de políticas públicas, o de particulares, a través de exigencias de ciertos requisitos para un puesto de trabajo, como ejemplos, generan el mismo resultado de tratamiento de inferioridad sin habérselo propuesto y habiendo consistido, en principio, en una mera distinción, sin connotación negativa.

El tema no es menor en los derechos internos ni tampoco en el plano jurídico internacional puesto que frente a estas diversas prácticas discriminatorias es posible ver que el Derecho Internacional no siempre ha sido suficientemente claro en la recepción en los textos vinculantes habiendo tenido en este ámbito una labor fundamental todo el entramado construido en el sistema onusiano a fin de dar cabida a esa clase de distinción que, en principio, no persigue ser discriminatoria.

En efecto, la reciente Observación General N° 20 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, relativa justamente a la no discriminación y esos derechos, de 2 de julio de 2009²⁶⁸, recoge esta primera clasificación que sin duda es la más relevante, señalando que hay discriminación directa cuando un individuo recibe un trato menos favorable que otro en situación similar por alguna causa relacionada con uno de los motivos prohibidos de discriminación, y que también lo son aquellos actos u omisiones que causen perjuicio y se basen en alguno de los motivos prohibidos de discriminación cuando no exista una situación similar comparable. La cuestión es relevante para el tema de este trabajo pues se pone como ejemplo justamente el caso de una mujer embarazada. Asimismo, indica en el mismo párrafo que la discriminación indirecta hacer referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación²⁶⁹.

²⁶⁸ Doc. NU E/C.12/GC/20

²⁶⁹ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 10.

Así las cosas, en una primera y simple aproximación se puede decir que la discriminación es “directa” cuando una persona recibe un trato inferior en el goce y ejercicio de sus derechos en razón específicamente de alguno o algunos de los criterios que forman su identidad, tales como el *sexo*, la *identidad de género*, la *orientación sexual*, el color de piel, la nacionalidad, la religión, etc.

La discriminación es “indirecta” en cambio cuando se adopta una medida o política que si bien no busca otorgar el trato inferior, en los hechos lo produce en función justamente de alguno o algunos de estos criterios de identidad y diferenciación que he señalado.

En cultura anglosajona se llama “disparate treatment” la primera y “disparate impact” la segunda, pero en la literatura hispana se usa la denominación que he dicho y se habla entonces de discriminación “directa” e “indirecta”.

El punto de distinción entre una y otra es la intencionalidad, es decir, el deseo de generar o no la discriminación que se produce²⁷⁰.

Nuria González da una buena idea de lo que son y representan cada una de estas formas de discriminación. “La discriminación directa rompe con la igualdad de trato efectuando diferenciaciones basadas en características definitorias de las personas pertenecientes a un grupo. Es decir, la discriminación es directa si los tratamientos que irrazonablemente desfavorecen, se efectúan explícitamente sobre las bases del criterio que define el tipo de persona que resulta discriminada. En términos generales, contempla el criterio formal de discriminación establecido en los mandatos de no discriminación”²⁷¹. “La discriminación indirecta puede darse cuando se usa un criterio no definitorio que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. Mientras que la discriminación directa se detecta o advierte en una única instancia, llamémosla lingüística, en el caso de la indirecta, la detección necesita dos, lingüístico y extralingüístico....La discriminación indirecta surge en el caso de que la igualdad de trato se rompa, no a través de la disposición y son como resultado de los efectos o consecuencias de la misma. Puede darse cuando se usa un criterio no prohibido que, sin embargo, tiene el efecto de desfavorecer al grupo en cuestión. De esta manera, sobre la base de la elección de criterios aparentemente neutros se llega, de hecho, a un resultado discriminatorio”²⁷².

Otro interesante aporte conceptual en el marco de habla hispana lo hace Fernando Rey. Ocupado preferentemente de la discriminación por razón de *sexo* da una definición de ambas clases de discriminación que estimo bien pueden ser adaptadas a otros criterios, como la raza, la nacionalidad, la discapacidad, etc. Dice que las discriminaciones directas son “toda norma o acto jurídico-público (y, con ciertos matices, también jurídico-privado) que dispense un trato diferente y

²⁷⁰ Hago presente acá que alguna doctrina estima que la discriminación puede ser deliberada o inconsciente y que tanto la directa como la indirecta pueden ser de ambas clases. Sobre el punto véase Barrére Unzueta, M^a Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 1^a edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, pp. 23-26.

²⁷¹ González, N. “Acciones Positivas: Orígenes, Conceptualización y Perspectivas” en Torre Martínez, C. de la (Coordinador), *Derecho a la no discriminación* (cit.), p. 352.

²⁷² González, N. “Acciones Positivas: Orígenes” (cit.), pp. 352-353.

perjudicial en función de la pertenencia a uno u otro sexo”²⁷³ (esta última frase “pertenencia a uno u otro sexo” es lo que creo puede aplicarse con otros criterios: “pertenencia a un cierto grupo identificado a partir de un rasgo común”) y las indirectas son “aquellos tratamientos jurídicos formalmente neutros o no discriminatorios, de los que derivan, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre el colectivo de los hombres y el de las mujeres en similar situación, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tienen sobre los miembros de uno u otro sexo”²⁷⁴ (también creo que se puede hacer aplicable la definición en forma extensiva a otros grupos diferenciados por ciertos rasgos comunes).

Como síntesis sobre el punto central de distinción entre ambas formas de discriminación, me apoyo en las claras palabras de Ballester y así, mientras “la intención califica a la discriminación *directa*, el resultado califica a la *indirecta*”²⁷⁵.

Por otra parte hay que decir que ambas formas de discriminación pueden provenir del sector público como de los particulares, es decir, ambos pueden constituirse en “sujetos pasivos” del derecho a no ser discriminado, ello con independencia de la responsabilidad mayor que le cabe al Estado del cual se podría llegar a pensar además en una discriminación “por omisión” al no intervenir frente a las conductas discriminatorias que emanan de los particulares.

Este es un punto nada menor ya que muchas veces las discriminaciones indirectas producidas por la propia sociedad hacen que un problema en sí mismo grave sea de más difícil percepción y por supuesto de más lenta y difícil solución.

Finalizo esta parte con unos ejemplos, algunos tomados de las sentencias nacionales, comunitarias o internacionales que me ha tocado analizar en el marco de este trabajo o de la simple realidad cotidiana que he podido ver.

La norma que obliga a la mujer que se casa con extranjero a perder su nacionalidad para adquirir la del marido y no obliga al hombre que se casa con extranjera a lo mismo estimo que es una disposición de los poderes públicos que sería discriminatoria en forma directa. También lo sería aquella que prohíbe la celebración en público de algún rito de una determinada confesión religiosa y no de todos los cultos en general. Un ejemplo de discriminación indirecta por parte de los poderes públicos sería la exigencia de la misma estatura para hombres y mujeres para postular como guardia de seguridad en una entidad pública o la exigencia de que quienes postulen a cargos administrativos en servicios públicos sólo pueden ser nacionales del país respectivo en virtud del *ius solis*.

Ejemplos de discriminación directa emanada de los privados serían la prohibición de acceso a una piscina a las personas de origen asiático o de personas que expresen su *género* de una manera diferente al patrón social de la determinada sociedad de que se trate; la contratación como

²⁷³ Rey M., F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1995, p.63.

²⁷⁴ Rey M., F., *El derecho fundamental (cit)*, p.64.

²⁷⁵ Ballester, M^a A., *Diferencia y discriminación normativa por razón de sexo en el orden laboral*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, p. 45; citado por Bengoechea, M^a Angeles, “*Igualdad, Diferencia y Prohibición de Discriminación. Fundamento y Justificación de Tratamientos Diferenciados*”, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Getafe, Madrid, 2002, p. 394.

vendedores de un cierto establecimiento comercial de venta de artículos para varones sólo de *mujeres* de ojos claros; la restricción de acceso a un gimnasio de personas indígenas o la no contratación de una mujer embarazada especialmente y mejor calificada que sus oponentes para un cierto puesto gerencial exclusivamente en razón de su embarazo. Se trata de supuestos claramente exagerados pero válidos para entender el concepto que subyace y que lamentablemente no son tan infrecuentes como quisiera. La exigencia de exámenes médicos de carácter genético a ciertos grupos, por ejemplo, ciudadanos de raza negra, para postular a un determinado trabajo en una empresa privada es una práctica discriminatoria indirecta proveniente de un particular. Como es sabido, la mayoría de la población de origen afroamericano es portadora de una enfermedad llamada *anemia falciforme*²⁷⁶ lo que hace que en los hechos todos los postulantes de este grupo puedan quedar excluidos *a priori* de acceder al empleo.

Por cierto (y eso es parte de las complicaciones que entraña el tema de la “intencionalidad” en cuanto condición de carácter subjetivo) cada uno de estos ejemplos podría ser perfectamente discutible en sede jurisdiccional aunque desde ya inclino mi voto hacia su calificación como conductas discriminatorias razón por la cual los he dado como ejemplos.

2.2.2. Discriminación Formal y Sustantiva.

Siendo la clasificación presentada en el párrafo anterior la más relevante, parece importante referir también a que la discriminación puede en realidad formal y sustantiva o de fondo.

La cuestión ha sido abordada por el reciente trabajo del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a propósito de la discriminación en el goce y ejercicio de tales derechos pero bien puede hacerse extensiva a otra clase de derechos.

Conforme lo que puede desprenderse de ese trabajo la discriminación formal se daría cuando la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no aseguran igualdad, garantizando así la prohibición de discriminación por los motivos prohibidos.

La discriminación sustantiva en tanto supone que esta se produce por cuanto ciertas personas pertenecen a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación, tratándose de categorías de personas que sufren así una injusticia histórica o son víctimas de prejuicios persistentes. En este tipo de situaciones los estados deben adoptar las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o de facto²⁷⁷.

²⁷⁶ La anemia falciforme es una enfermedad hereditaria de los glóbulos rojos que se caracteriza por episodios de dolor, anemia (falta de glóbulos rojos), infecciones serias y daños en órganos vitales. Sus complicaciones surgen por una hemoglobina anormal y al ser una enfermedad de tipo hereditario no es contagiosa pero no todas las personas están en condiciones de heredarla sino que son los grupos afroamericanos y la población hispánica quienes por factores asociados a su pertenencia a esos grupos están propensos a padecerla. Información obtenida de la Biblioteca de la Salud del Centro de Enseñanza del Embarazo, en http://www.nacersano.org/centro/9388_9967.asp (último acceso: 22 de enero de 2010)

²⁷⁷ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 8.

La creación de medidas especiales en los distintos ordenamientos se ha entendido como una forma de ayudar a terminar con esta clase de discriminación.

Ahora bien, esta clase de discriminación de facto está muy ligada a lo que se pueden considerar “discriminaciones sistemáticas”, en el sentido de que la periodicidad con que se ven afectados algunos grupos está arraigada en el comportamiento y la organización de la sociedad. Se trataría de que a veces, sea de manera directa o indirecta, el estado desarrolla normas, políticas, prácticas o actitudes culturales, sea para el sector público o aún en el sector privado, que ponen en situación de desventaja comparativa a algunos grupos²⁷⁸.

En doctrina a mi entender tienen una íntima conexión con lo que algún autor chileno ha llamado “violaciones estructurales de derechos humanos”, en el sentido de que es la organización del estado la que permite y facilita las violaciones de derechos y libertades fundamentales de ciertos grupos de la población, como ocurre con los niños, migrantes, mujeres, indígenas. Agrega que estas estructuras jurídicas y políticas funcionan sobre la base de ciertos estándares culturales que hacen posible mantener vigentes dichas prácticas violatorias, en particular, la invisibilización de los derechos de los grupos protegidos. Sobre sus premisas el autor concluye en que frente a este tipo de violaciones los esfuerzos deben considerar tanto condiciones jurídicas y políticas, como también las culturales que hacen posible ese tipo de violaciones²⁷⁹.

La cuestión es relevante al objeto de este estudio y por eso que traigo esta doctrina en esta parte. Como he explicado en el capítulo primero, la complejidad de factores que se consideran cuando se trata de calificar los comportamientos humanos que derivan de la *sexualidad* hace que en muchas ocasiones las violaciones y la discriminación que sufren por ejemplo, *transgéneros* y *homosexuales*, tenga una primera causa en una concepción cultural contraria a una idea amplia de tales categorías y los derechos que pueden reivindicar en condiciones iguales a otros integrantes de la sociedad.

2.2.3. Discriminación Múltiple.

En el último tiempo se viene abriendo paso la configuración de la idea de “discriminación múltiple”, que hace alusión en términos simples, a aquellos casos en que confluyen varios criterios prohibidos en la situación que afecta a una persona, siendo el caso de las *mujeres* tal vez el más emblemático al respecto pues como muchos reconocen en su caso opera siempre esta discriminación múltiple. Primero por ser mujer y luego por algún rasgo que forme su identidad, sea la etnicidad, la discapacidad o la *orientación sexual*, por ejemplo.

²⁷⁸ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 12.

²⁷⁹ Nash, C., “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”, en Martinic, M. y Tapia, M. (Drs.), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*, Tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2005, p. 1179.

En su Observación General N° 20 de 2009 el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales la reconoce justamente cuando trata de los motivos prohibidos de discriminación, sean los expresos o los que se pueden derivar de la expresión “otra condición social”. Al respecto señala: “*Algunos individuos o grupos sufren discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo las mujeres pertenecientes a una minoría étnica o religiosa. Esta discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla*”²⁸⁰. A ello hay que sumar el que muchas personas sufren discriminación por su pertenencia o cercanía a un grupo en sí mismo discriminado, por ejemplo, quienes son padres de personas *homosexuales* o *transgéneros* pueden entrar en esta categoría.

En el ámbito convencional el intento más avanzado para introducirla como categoría está en el Proyecto para crear una *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, sobre el que viene trabajando la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos desde el año 2000 y que en su última versión recoge la idea de definir la “discriminación múltiple o agravada”, entendiendo en general que ella es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada, en forma concomitante, en dos o más factores de los enunciados en el mismo texto, que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, de forma acentuada, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales recogidos en los textos internacionales aplicables a los estados, en cualquier esfera de la vida pública o privada²⁸¹.

La idea de su inclusión es un avance motivado por los graves episodios de discriminación que afectan a muchos colectivos en el mundo de este siglo, si bien alguna crítica se ha hecho en orden a que llevaría a una especie de “jerarquización” de las discriminaciones, contrariando la idea de igualdad.

2.3. Discriminación y “Acciones Positivas” o “Acciones Afirmativas”.

2.3.1. Justificación y Objetivo de las “Acciones Positivas”.

Como he dicho al tratar la igualdad, en cuanto parte y antecedente de la justicia, la noción se traduce en que deben ser tratados igualmente los iguales y desigualmente los desiguales, a partir de la dimensión de la ella como igualdad de oportunidades, es decir, como puesta en idéntico pie de partida para que todos podamos lograr el pleno desarrollo, lo cual se refleja o manifiesta en la norma de no discriminar.

Ahora bien, como también he expresado, es claro y evidente que no todos estamos en las mismas condiciones para esta salida, especialmente en lo que toca al logro y obtención de bienes y

²⁸⁰ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 17.

²⁸¹ Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 11

recursos, constatación frente a la cual no basta entonces con decir que es imperativo no discriminar, es necesario algún tipo de medida o acción. En este marco se inserta la idea de “acciones positivas” o “acciones afirmativas” (por la traducción literal desde la lengua inglesa).

Lo que hacen efectivamente las “acciones positivas” es dar un trato desigual con el objetivo de lograr la igualdad material en cuanto parte de la igualdad de oportunidades a fin de que todos quedemos en similares condiciones al momento de partir en la búsqueda de satisfacción a nuestros deseos y necesidades y se pueda alcanzar así una igualdad de resultados. Es decir, es la compensación el motor que las legitima.

Estas medidas forman parte de lo que la doctrina llama “medidas de igualación positiva” que serían una categoría mayor dentro de la cual las “acciones positivas” son una especie. Las medidas de igualación positivas se han definido certeramente como “los tratos formalmente desiguales que tienen como finalidad constitucionalmente admisible la igualdad entre los ciudadanos individualmente considerados, y por ello, basan la diferencia en el trato en la situación de inferioridad del beneficiado, situación de inferioridad que viene reflejada por rasgos que objetiva e individualmente la determinan. Medidas de igualación positiva son las becas, la progresividad en el impuesto sobre la renta, etc.”²⁸². Se puede desprender de esta definición que lo que buscan estas medidas es compensar un rasgo que es individual y se presenta como signo objetivo para el sujeto que sufre la desigualdad.

Una “acción positiva” en tanto, lo que busca es mejorar la condición de igualdad de un cierto colectivo que se encuentra, así considerado, en situación de inferioridad, como ocurre con el grupo de mujeres o discapacitados, los cuales en sí mismos y considerados en forma individual no presentan ningún rasgo que suponga una condición de inferioridad sino que esta la reciben como consecuencia de una actitud social hacia ellos en tanto colectivos que los coloca en “mal pie” frente al resto de los integrantes del grupo social.

Por cierto que pese a este objetivo que aparece en principio tan loable y que por ello ha hecho que sean reconocidas en los ámbitos nacional, comunitario e internacional, la verdad es que existen críticas a ellas fundadas esencialmente en que serían en realidad un instrumento de desigualdad y que afectan a la idea de la obtención por mérito y capacidad que debe subyacer a la igualdad de oportunidades como punto de salida. Se dice incluso que al interior de los grupos beneficiados a su vez introducen mayor desigualdad al favorecer a unos más que a otros dentro del colectivo de que se trate²⁸³.

²⁸² Giménez, D., *Una Manifestación (cit)*, p.58.

²⁸³ Para una completa relación de los argumentos usualmente invocados contra las acciones positivas y también contra las medidas de cuota véase Rey M., F., *El derecho fundamental (cit)*, pp. 95-107. Si bien su estudio se centra en la discriminación por razón de sexo, las argumentaciones que da son aplicables en general a las acciones positivas. Un estudio casuístico en tanto sobre la “discriminación positiva” y con visión crítica se encuentra en Sowell, T., *La discriminación positiva en el mundo. Estudio empírico*, Traducción de Abel Debritto y Mercè Diago, 1ª edición, Editorial Fundación FAES S.L.U., México, 2006.

2.3.2. Antecedentes Históricos.

Su origen en texto normativo se encuentra en la Constitución de la República de India de 1950, que contiene el mandato de reservar puestos en la Administración del Estado a los miembros de una casta (“los intocables”), secularmente marginada. “Se trataba de compensar en las leyes la discriminación que los intocables sufrían en la sociedad, todo ello con la finalidad de alcanzar una situación más justa e igualitaria”²⁸⁴. En la India se conocía como “reservation policy”, es decir, política de reservas²⁸⁵.

Pese a este dato normativo, lo cierto es que el antecedente histórico de las llamadas más comúnmente en lengua española “acciones positivas” se encuentra en las “affirmative action” de los Estados Unidos, “sociedad racista y excluyente por excelencia”²⁸⁶ desarrolladas en atención a los problemas que desde siempre han existido allí para las mujeres y minorías negras.

A partir de las Enmiendas Decimotercera, del año 1865; Decimocuarta, del año 1868 (especialmente relevante porque introduce la *equal protection clause* o comúnmente llamada en español “cláusula de igualdad”); y Decimoquinta, del año 1870, introducidas a la Constitución de 1787, y por las que se declara abolida la esclavitud y se conceden derechos a las personas de color negro, ha habido importantes hitos en la historia de esta nación que la transforman en precursora en el tema y que tienen su punto de mayor auge en el período de la llamada “revolución de los derechos civiles” que se sucedió en el país del norte entre 1945 y 1965.

Algunos de estos hitos son la Sentencia *Brown vs. Board of Education of Topeka*, del año 1954, que declaró inconstitucional la segregación de los niños de color negro en las escuelas por cuanto les producía un estigma de inferioridad psicológica; la adopción de la *Civil Rights Act* o *Ley de Derechos Civiles* (LDC) de 1964 que básicamente generalizó el derecho a voto y se dedicó a combatir la discriminación manifestada en la segregación racial, y la Sentencia *Griggs vs Duke Power Co.* de 1971, que constituye un fallo unánime en que se dijo que la LDC prohíbe no solo las prácticas que son discriminatorias sino aquellas que sin serlo provocan igual una discriminación en mujeres y minorías en general (la llamada “discriminación indirecta” o “disparate impact”) y que dio paso a importantes iniciativas a favor de las “acciones positivas” como la Orden Ejecutiva 11.246, de Lyndon Johnson, que contemplaba planes de “acción positiva”, de 1965; la *Equal Employment Opportunity Act*, de 1972, como reforma a la LDC y que se concentra fuertemente en las minorías y las mujeres, y la Nueva LDC de 21 de noviembre de 1991, aprobada en el gobierno de Bush padre, que consolidó la doctrina que en 1971 se comenzó a llamar de la “discriminación

²⁸⁴ Giménez, D., *Una Manifestación* (cit.), pp. 15-16.

²⁸⁵ Un estudio sobre la “discriminación positiva” en la India se encuentra en Sowell, T., *La discriminación positiva* (cit.) pp. 43-85.

²⁸⁶ González, N. “Acciones Positivas: Orígenes” (cit.), p. 309.

indirecta” o “disparate impact” aunque no hizo mucho en pro de la consagración de “acciones positivas”²⁸⁷.

Con el tiempo también pasaron al ámbito europeo comunitario y por cierto también han recibido cabida en ordenamientos internos, sea de manera expresa o sea de modo tácito²⁸⁸, transformándose como dice una autora en “una de las exportaciones jurídico-ideológicas de mayor éxito de los Estados Unidos de America”²⁸⁹.

Mención especial merece en el ámbito europeo comunitario el llamado *caso Kalanke*, sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 17 de octubre de 1995 sobre “acciones positivas” en la forma de cuotas (las llamadas por algunos “medidas de discriminación inversa”) a favor de mujeres en Alemania. En esencia se trató de un caso en que un hombre (el Sr. Kalanke) y una mujer (la Sra. Glismann) competían por la jefatura de sección del Servicio de Parques y Jardines de la ciudad de Bremen, en Alemania, contando ambos con los mismos méritos para el ascenso. La autoridad eligió a la Sra. Glismann teniendo como base una ley del estado de Bremen que preveía la preferencia de las mujeres por sobre los hombres en igual condición de capacitación en la promoción laboral en aquellos sectores en los que estuvieran infrarepresentadas, es decir, cuando no cubrían, al menos, la mitad de los puestos del sector. La sentencia consideró contraria a una Directiva de la Comunidad Europea la norma del Land alemán de Bremen de 1990 que en los ascensos en la función pública concedía esta preferencia. El revuelo provocado por la sentencia Kalanke es entendible pues bajo una interpretación literal de ella se entendería que todas las políticas de “acción afirmativa” de las Comunidades Europeas basadas en cuotas, al modo de las fijadas en el Land Alemán serían contrarias al Derecho Comunitario.

A partir de este fallo los órganos comunitarios han ido perfeccionando sus planes de “acción positiva”, especialmente en lo referido a cuotas, básicamente a partir de la inclusión de la idea de proporcionalidad y de la finalidad perseguida por la misma.

En la sentencia dictada el 11 de noviembre de 1997 en el *asunto Marshall v. Land Nordrhein-Westfalen*, el Tribunal de Justicia perfeccionó su jurisprudencia en esta línea. Dijo que en un caso en que hubiera menos mujeres que hombres en la categoría del puesto de que se tratara en un sector de la

²⁸⁷ Un interesante resumen en español sobre el proceso de conceptualización de la idea de acciones afirmativas en los Estados Unidos de América se encuentra en González, N. “Acciones Positivas: Orígenes” (cit.), pp. 310-320. En habla inglesa se puede considerar la obra Spann, G. *The Law of Affirmative Action. Twenty-Five Years of Supreme Court Decisions on Race and Remedies*, New York University Press, United States of America, 2000, en que se entrega una crónica de la evolución de la posición de la Corte Suprema de los EE.UU. en relación a las acciones afirmativas y la cuestión racial.

²⁸⁸ Como ejemplos de un reconocimiento expreso a la idea de “acciones afirmativas” se encuentran la Constitución Política de la República Argentina de 1994 que en su artículo 75 establece el mandato para el Congreso de “legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad” y la Constitución colombiana de 1991 que establece en el artículo 13 que “El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados”. Como ejemplo de un reconocimiento implícito de ellas se encuentra la Constitución Italiana de 1947 que establece en el artículo 3º que “Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país” y la Española de 1978, que en su artículo 9º.2º establece que “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

²⁸⁹ Barrére Unzueta, Mª Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio* (cit), p. 56.

administración pública, y tanto los candidatos como las candidatas al puesto estuvieran igual de calificados en lo que respecta a su adecuación, competencia y desempeño profesional, una norma nacional que requiere que se dé prioridad a la promoción de las candidatas, a menos que haya razones específicas para preferir al candidato, no era contraria a la directiva sobre igualdad de trato, siempre y cuando se cumplieran dos condiciones: a) que en cada caso particular la norma previera para los candidatos que estuvieran igualmente cualificados que las candidatas una garantía de que las candidaturas serían objeto de una evaluación objetiva que tuviera en cuenta todos los criterios propios de cada candidato y pesaría más que la prioridad concedida a las candidatas, cuando uno o más criterios hicieran que el candidato fuera preferible; y b) que estos criterios no tuvieran por objeto discriminar contra las candidatas.

Estos fallos son realmente relevantes en la historia de las “acciones positivas” en forma de cuotas, sin duda las más polémicas por su legitimidad, de ahí que he estimado necesario esta breve referencia a ellas aún cuando pertenezcan estrictamente al ámbito del Derecho comunitario que, como he precisado, no es el eje de esta investigación²⁹⁰.

2.3.3. Los problemas doctrinarios en la búsqueda de un concepto. Un concepto genérico de “Acciones Positivas” como opción.

Para entrar en la búsqueda de un concepto que permita comprender técnicamente estas “acciones positivas” el primer problema que se presenta es uno terminológico ya que hay varias expresiones que se usan en relación a este concepto: “acciones positivas”, “acciones afirmativas”; “discriminación inversa”; “discriminación positiva”.

En Europa y en la Unión Europea en concreto, se usa la expresión “acción positiva” por influencia del Reino Unido que acoge esta expresión. En Estados Unidos en cambio se utiliza “acción afirmativa” por la traducción literal de “affirmative action”. La expresión “discriminación positiva” en tanto sería una construcción europea que deriva de la americana de “discriminación inversa” (“reverse discrimination”) que se usa por algunos doctrinarios para especificar un tipo concreto de estas medidas: las cuotas reservadas a ciertos grupos que son minusvalorados en los procesos de selección de acceso a ciertos bienes escasos en la sociedad, tales como puestos de trabajo, candidaturas políticas, plazas para estudiantes de universidades, etc., las cuales por cierto y como he dicho antes son de aquellas “acciones positivas” que más polémica generan en cuanto a su legitimidad porque afectan muy directamente a los terceros que no pertenecen a esos colectivos aparentemente favorecidos²⁹¹.

²⁹⁰ Para un análisis de las citadas sentencias y la posición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente a las acciones afirmativas véase Charpentier, L., “The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action”, en *EUI Working Papers*, European University Institute, Robert Schuman Centre, San Domenico, 1998.

²⁹¹ En este sentido y sobre los diversos alcances de esta expresión véase Rey M., F., *El derecho fundamental* (cit), pp. 83-107; Giménez, D., *Una Manifestación* (cit), pp. 77-84 y pp. 165-205; Barrère Unzueta, M^a Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio* (cit), pp. 85-104. También el trabajo de Dworkin, R., “La discriminación inversa”, en *Los Derechos en Serio*,

Nuria González critica este uso lingüístico pues dice que la discriminación es aquella que tiene una connotación negativa (la otra es distinción) y por tanto no existe la “discriminación positiva” siendo la expresión un contrasentido²⁹².

Comparto plenamente este comentario y por ello no usaré preferentemente esta expresión aún cuando reconozco su existencia en mucha literatura sobre el tema, especialmente para referirse a las famosas “cuotas” en diversos ámbitos, especialmente el político, el universitario y el laboral. Asimismo hago presente que no me detendré acá en el estudio en detalle de las distintas modalidades que pueden asumir las “acciones positivas” pues no es un tema pacífico, mucho menos concluído en su análisis y por cuanto excede la perspectiva desde la que trabajo. De modo entonces que cuando hable de estas acciones lo haré de manera omnicomprendiva, sin diferenciar las diversas “especies” que pueden encontrarse de ellas, incluyendo entonces a las cuotas y reconociendo entonces los rasgos que son comunes a todas ellas. Esta generalización responde por lo demás a que en el ámbito jurídico internacional la confusión terminológica no se manifiesta como en el ámbito doctrinario pues en los textos normativos se emplea casi preferentemente la expresión “medidas especiales” sin mayores precisiones conceptuales y se critica el uso de la expresión “discriminación positiva” por ser un contrasentido, considerando así más apropiado el término “acción afirmativa” para englobar todas estas clase de medidas²⁹³. Si bien se reconoce que existen distintos tipos de ellas, incluidas las cuotas, se ha considerado que la expresión “acción afirmativa” o “acción positiva” es el término apropiado para tales medidas especiales²⁹⁴.

Una segunda cuestión interesante frente a ellas es la determinación de cuáles son los grupos que están en condiciones de ser receptores de tales acciones sin que se transformen en medidas discriminatorias. Es decir, qué grupos se pueden beneficiar de “acciones positivas”; cómo establecer porqué las *mujeres* o discapacitados y no otros grupos como los *homosexuales* o los pertenecientes a una minoría religiosa, por ejemplo, no podrían ser receptores de ellas.

Este es un tema al que se puede ver enfrentado un tribunal a la hora de decidir sobre su carácter legítimo o no y de ahí que no sea una cuestión menor.

Para Giménez la argumentación que sirve de solución es la siguiente “son acciones positivas los tratos formalmente desiguales que favorecen a determinados colectivos por poseer un rasgo diferenciador en común caracterizado por ser transparente e inmodificable y constituir cláusulas específicas de no discriminación”²⁹⁵. En otras palabras, consideradas como cláusulas específicas de no discriminación las “acciones positivas” buscan la equiparación de colectivos que comparten un rasgo en virtud del cual históricamente se han visto marginados por la sociedad, debiendo este rasgo ser uno que se comparte por igual con los demás miembros del grupo y que los identifica de forma

Traducción de Marta Guastavino, 4ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., Madrid, 1999, en que usa justamente esta controvertida expresión como título.

²⁹² González, N. “Acciones Positivas: Orígenes” (cit.), p. 349.

²⁹³ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15, párrafo 6.

²⁹⁴ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/21, párrafo 101.

²⁹⁵ Giménez, D., *Una Manifestación* (cit), p. 64.

permanente, involuntaria y clara. Se excluyen entonces rasgos que puedan ser fácilmente modificables y que, por tal razón, pueden llevar a que ciertos colectivos pretendidamente excluidos de la sociedad, busquen algún beneficio a que estrictamente no tienen derecho sin caer en una situación clara de discriminación para el resto.

Así concebidas resulta claro y lógico que sean dos rasgos específicos los que han motivado la adopción de “acciones afirmativas”: la raza y el *sexo*²⁹⁶. Los casos que brevemente he relatado párrafos más arriba para graficar el antecedente normativo de estas medidas dan cuenta de ello. Ello no obsta en todo caso para que nuevos criterios que reúnan esta condición antes descrita puedan servir de base a “acciones positivas”, siendo el mejor ejemplo el de los discapacitados, aunque frente a ellos el fundamento fuerte es la necesidad de equiparación para el logro de la igualdad de oportunidades más que la marginación social en sí misma.

Una tercera cuestión es el origen público o privado de la medida que se adopte. Analizada la doctrina y vistos algunos de los fallos más emblemáticos en los órdenes constitucionales de algunos países, la conclusión es que las “acciones positivas” pueden tener tanto un origen público como uno privado, correspondiendo en este último caso un rol especialmente relevante a los partidos políticos y los empresarios por la influencia determinante que les cabe en el logro de la igualdad en toda sociedad que se califique de democrática. Ejemplo genérico de la primera clase sería el establecimiento por ley de programas de ayuda a los discapacitados. Ejemplo amplio de la segunda clase es la contratación en ciertos cargos de confianza de un cierto número de mujeres o de personas de raza negra.

La gran diferencia entre una y otras está en el control de constitucionalidad de la diferencia de trato que ha de ser necesariamente diferente; “existe un distinto trato constitucional entre la que procede de un organismo público o de una ley y la que tiene su origen en un particular, generalmente un empresario. El margen de acción de este último en el trato desigual es mucho mayor, lo cual ha llevado a porcentajes de discriminación en el sector privado bastante más elevados que en el sector público. Pero, al mismo tiempo, esta mayor flexibilidad respecto a la igualdad formal de la que goza el empresario, junto a la finalidad de alcanzar la igualdad material, otorga a las acciones positivas provenientes de particulares mayores posibilidades de superar el control de constitucionalidad”²⁹⁷.

Lo anterior se debe básicamente a que el estado puede estar obligado constitucionalmente según la normativa interna (a lo que sumo el compromiso internacional que se puede adquirir siendo parte de tratados internacionales que contemplen el establecimiento de medidas especiales, tema por

²⁹⁶ Por cierto que esto de la modificación de los rasgos de identidad es un tema que va en proceso de cambio a partir de los desarrollos científicos que permiten que un ser humano que nació hombre hoy pueda convertirse prácticamente en una mujer o al revés, o que quien es de raza negra hoy pueda ser casi de raza blanca o, al menos, de un nuevo color. No obstante, hay que recordar como Giménez que “...ni la raza ni el sexo son completamente inmodificables; pese a ello, es evidente que el concepto de inmodificabilidad que aquí se utiliza se relaciona con sus repercusiones sociales y en ese sentido la modificación de la raza o el sexo no es algo todavía lo suficientemente relevante desde el punto de vista social”. Giménez, D., *Una Manifestación (cit)*, p. 69 en nota al pie 53.

²⁹⁷ Giménez, D., *Una Manifestación (cit)*, p. 90.

cierto donde se podría cuestionar si es una obligación de los estados adoptar estas medidas o si sólo se les permite) mientras que el particular se mueve en la adopción de estas medidas en el llamado “principio de autonomía de la voluntad” y en tal sentido, si bien debe cumplir con un juicio de legalidad de la medida adoptada tiene un mayor margen para su establecimiento.

Un último punto es el de la temporalidad que es característica de la esencia de estas medidas. Efectivamente, atendida su finalidad, debe establecerse un tiempo pasado el cual debe probarse por algún sistema o baremo, que ha producido el efecto de mejorar a aquel grupo al que van dirigidas. Su establecimiento en forma indefinida puede traer como consecuencia en la práctica la discriminación de las personas que no forman parte del grupo específico a quien se quiso beneficiar.

Precisadas entonces estas cuestiones previas (terminología, grupos receptores, origen y duración) voy a tomar un concepto de los muchos que se encuentran en la doctrina pues me parece reúne los rasgos que he venido diciendo respecto de estas medidas.

Según José Ignacio Casas, se pueden conceptualizar las “acciones positivas” como “El establecimiento de medidas temporales que, con el fin de establecer la igualdad de oportunidades en la práctica, permitan mentalizar a las personas o corregir, aquellas situaciones que son el resultado de prácticas o de sistemas sociales discriminatorios”²⁹⁸.

La definición mencionada agrega además un elemento que califico de “subjetivo” y es la idea de educar e inculcar en la gente (“mentalizar”) la idea de que existen situaciones en la sociedad que son atentatorias contra los derechos de algunos grupos de individuos.

3. EL CONCEPTO DE DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

3.1. La Discriminación como una clase de Tratamiento en el Derecho Internacional.

En su origen la idea de discriminación es propia del ámbito interno. Como bien lo apunta Vierdag²⁹⁹, desde tales sistemas ha sido adoptada por el Derecho Internacional y claramente tomó un lugar fuerte en el discurso internacional a partir de lo ocurrido en la Segunda Guerra Mundial y el nacimiento posterior de las Naciones Unidas y el sistema de protección de derechos humanos creado a su amparo.

Ahora bien, en muchas áreas de la sociedad internacional tales como el comercio o los tributos, las relaciones entre estados, o ciertas actividades que estos realizan y que pueden involucrar a otros, por ejemplo, aparece también la idea de discriminación. Sin embargo, en ningún

²⁹⁸ Citado por González Martín, N., *Acciones Positivas: Orígenes, Conceptualización y Perspectivas*; en Torre Martínez, C. de la (Coordinador), *Derecho a la no discriminación* (cit.), p. 345.

²⁹⁹ Vierdag, E. W., *The concept of Discrimination in International Law. With special reference to human rights*. Martinus Nijhoff, The Hague, 1973, p. 2.

ámbito cobra tanta relevancia como en el ámbito de los derechos humanos que es aquella a la que se dedica este estudio³⁰⁰.

Hay que acotar además aquí que en otras áreas del Derecho Internacional la expresión discriminar no tiene una connotación peyorativa; ella surge cuando situamos la expresión en medio de un contexto social, en el cual toma la expresión una connotación real y no meramente abstracta: “...generally the term has this pejorative meaning when it use in a social context, where it implies not an abstract distinction, but social action”³⁰¹. En el ámbito general del Derecho Internacional, la idea de discriminación está en el marco de lo que son las distintas clases o categorías de “tratamiento” que se reconocen entre los sujetos de este ordenamiento. Así como es frecuente hablar de un tratamiento “privilegiado” o “preferente”, “igual” o “desigual”, se habla entonces también de un tratamiento “discriminatorio”.

Bajo esa premisa es posible encontrar distintas relaciones. “If we regard States, international organizations and individuals as the subjects of international law who are either author or subjects of treatment, we can, at least theoretically, distinguish between nine forms of international treatment”³⁰².

Estas nueve formas de tratamiento serían para Vierdag las siguientes: a) Tratamiento de un Estado por otro Estado. b) Tratamiento de una Organización Internacional por un Estado. c) Tratamiento de un Individuo por un Estado. d) Tratamiento de un Estado por una Organización Internacional. e) Tratamiento de una Organización Internacional por una Organización Internacional. f) Tratamiento de un Individuo por una Organización Internacional. g) Tratamiento de un Estado por el Individuo. h) Tratamiento de una Organización Internacional por un Individuo. i) Tratamiento de un Individuo por un Individuo.

Evidentemente, atendida la naturaleza y el objeto de esta parte del estudio, muchas de estas nueve relaciones que formula Vierdag no cobran relevancia acá aún cuando en muchas de ellas las ideas de igualdad y no discriminación están presentes como tratamientos a otorgarse³⁰³. La que sí lo

³⁰⁰ La idea de “no discriminación” se encuentra en acuerdos vinculantes en diversas áreas del Derecho Internacional. Como ejemplo se pueden citar el artículo 47 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas*, de 1961; el artículo 72 de la *Convención de Viena sobre Relaciones Consulares*, de 1963; el artículo 1 del *Tratado sobre los Principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes* (conocido como *Tratado del Espacio*), de 1967 y los artículos 4 y 5 del *Tratado sobre la no proliferación de armas nucleares*, de 1968. Una muestra muy clara de la idea de no discriminación se da en el ámbito del comercio y la fiscalidad internacionales a través de la incorporación en tratados de la llamada *cláusula de la nación más favorecida* que a decir de la doctrina “consiste en una disposición convencional en virtud de la cual una parte - la concedente - contrae la obligación de otorgar a la otra - la beneficiaria - o a las personas y cosas que guardan con ella una determinada relación un trato no menos favorable que el que confiere al tercero de la misma naturaleza más favorecido o a las personas y cosas que guardan con él idéntica relación. Su propósito es, en palabras de la Corte Internacional de Justicia, “establecer y mantener en todo momento una igualdad fundamental...sin discriminación entre los países interesados” (asunto de los *derechos de los nacionales de EE.UU. en Marruecos*, 1952), evitando situaciones de relativa desventaja para el beneficiario de la misma respecto de terceros que hayan negociado con más habilidad posteriormente”. Remiro A. y Otros, *Derecho Internacional (cit.)*, p. 373. Sobre el tema véase Santa-Bárbara R., J., *La no discriminación fiscal. Su análisis en el Derecho internacional, la OCDE, el GATT y la OMC, los tratados regionales (Pacto Andino, Mercosur, Nafta, etc.), el Derecho comunitario europeo, el Derecho comparado y el Derecho español*, Editorial Edersa, Madrid, 1999.

³⁰¹ Vierdag, E. W., *The concept (cit.)*, p. 48.

³⁰² Vierdag, E. W., *The concept (cit.)*, p. 22.

³⁰³ Ejemplo de ello es la igualdad soberana que debe existir entre los Estados y que está consagrada en el artículo 2º.1º. de la *Carta de las Naciones Unidas* y en la *Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, aprobada como Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970.

tiene es la que se ha signado con la letra c), es decir, el tratamiento que se da a los individuos por parte de un Estado.

Podría pensarse a simple vista que el tipo de relaciones signadas f) e i) también deben ser objeto de estudio acá, sin embargo, el análisis de ambas con sus especiales características excede la perspectiva de este trabajo que busca analizar la norma de no discriminación en el marco de las fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente las de tipo convencional - dando espacio en todo caso al *soft law* como se verá - en que los sujetos relevantes son el individuo y el Estado a partir de los medios que este derecho otorga al primero para solicitar justicia cuando el segundo ha violado alguno de sus derechos fundamentales, sea por una conducta pública o una de particulares en que el Estado podría tener que llegar a responder por omisión al no tomar medidas para evitar también las prácticas discriminatorias que provengan de privados.

Es decir, las relaciones entre individuo e individuo me parece pueden quedar reconducidas a esta gran relación entre Estado e individuo si se considera esta perspectiva de la responsabilidad por omisión o el llamado “deber de prevención” o “deber de debida diligencia” que se abre espacio en la jurisprudencia y las que son del ámbito de las organizaciones internacionales exceden mi objetivo central³⁰⁴, pese a lo cual se harán las referencias más relevantes estimadas así por su pertinencia al tema.

De esta manera entonces la discriminación en cuanto “tratamiento” será analizada en el marco de esas relaciones: individuo - estado. “This is the form of treatment that involves at the pasives side the principal subject of protection in the field of the international protection of human rights, and at the active side the principal subject of international law and the prime actor in international relations”³⁰⁵.

3.2. La conceptualización positiva internacional de la Discriminación en Derechos Humanos.

Hay que señalar al referirse a este punto, que si bien la discriminación - en cuanto conducta prohibida - se recoge fuertemente en la *Carta de las Naciones Unidas* y en la *Declaración Universal* de 1948, tales textos no entran a conceptualizarla.

La propia *Carta de las Naciones Unidas* atribuye importancia a la idea ya desde su Preámbulo (refiriéndose en él a la igualdad) pero sin dar idea de qué se entiende por discriminar³⁰⁶. En su articulado, ya en el 1°.3º va inmersa la idea de no discriminación, cuando consagra la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, “...sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o

³⁰⁴ De todos modos quiero poner un ejemplo que grafica como la igualdad y la no discriminación son tratamientos que deben primar en este tipo de relaciones. Dice el artículo 8º de la Carta de las Naciones Unidas que “La Organización no establecerá restricciones en cuanto a la elegibilidad de hombres y mujeres para participar en condiciones de igualdad y en cualquier carácter en las funciones de sus órganos principales y subsidiarios”.

³⁰⁵ Vierdag, E. W., *The concept* (cit.), p. 31.

³⁰⁶ Dice en lo pertinente el Preámbulo: “Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas resueltos...a reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres...”

religión...” como uno de los propósitos de la organización o en el artículo 13.1º.b. cuando consagra el deber de la Asamblea General de promover estudios y hacer recomendaciones para “...ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. La idea de no discriminar por tales motivos se repite en el artículo 55.c. en relación a la promoción del respeto universal a los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos y en el artículo 76.c. a propósito de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria.

Si bien entonces como se aprecia la *Carta de Naciones Unidas* no tiene una definición de derechos humanos o de libertades fundamentales ni tampoco contempla un sistema de protección de ellos, lo cierto es que las escasas referencias a ellos van unidas justamente a la idea de discriminación, aún cuando restringida esta a sólo cuatro criterios que se repiten en el texto: “*motivos de raza, sexo, idioma o religión*”³⁰⁷ y sin que exista una conceptualización del término “discriminar”.

Por su parte, los artículos 2º.1º y 7º de la *Declaración Universal*, señalan también la regla de no discriminar³⁰⁸. También en el artículo 16 se encuentra otra manifestación de la norma en relación al derecho de los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, a casarse y fundar una familia, “...sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión...”. Finalmente, los artículos 21 y 26 van en indirecta relación con la idea de no discriminar³⁰⁹.

No obstante estos tempranos reconocimientos, incluso con el carácter convencional que tiene la *Carta* a diferencia de la *Declaración*, no se puede dejar de reconocer que, a priori, son bastante generales los primeros y débiles los segundos, aunque sobre esta generalidad y debilidad hay que formular varios matices.

Generales, por cuanto lo que hay en la *Carta* son referencias a la protección de los derechos humanos en varios de sus artículos como he señalado, partiendo por el propio artículo 1º.3º y considerando especialmente el artículo 55 en relación al artículo 56, pero no disposiciones específicas sobre ellos, ni un concepto vinculante de discriminación ni menos sobre medidas específicas para lograr la no discriminación. Débiles, por cuanto la *Declaración* es jurídicamente hablando, una

³⁰⁷ Sobre este punto, más allá de ver como grave una afirmación que no incluya una fórmula residual como “o por cualquier otro motivo”, entiendo que ello obedece al momento histórico en que se aprueba la Carta con lo cual hay que entender que no estaban en la mente de los redactores otros criterios que se incluirían en textos posteriores, como la opinión política o de otra índole, el nacimiento y otras circunstancias. Me fundo para esta afirmación en que respecto de otros artículos de la Carta ocurre una situación semejante de falta de adecuación temporal. El ejemplo más claro es el artículo 41, referido a las medidas que puede adoptar el Consejo de Seguridad y que no implican uso de la fuerza, en que se pone como una de ella “...la interrupción total o parcial ... de las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas...” lo cual constituye una redacción no consecuente con el estado actual de las comunicaciones y que no ha impedido en caso alguno la adopción de medidas conformes a la realidad del momento en que se adoptan. El tema de las cláusulas de no discriminación y su categorización como *abiertas* o *cerradas* en cuanto a los criterios de discriminación que incluyen es tratado en este capítulo, bajo el tema: “Cláusulas Cerradas y Abiertas”.

³⁰⁸ Dice el primero de estos artículos: “*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición*”. El artículo 7º por su parte es el encargado de recoger la igualdad ante la ley y el derecho sin distinción a protección de la ley. Agrega que “*Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*”.

³⁰⁹ El artículo 21 en cuanto reconoce el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas y al sufragio universal e igual en elecciones y el 26 al contener, en materia de derecho a educación, el mandato para que esta favorezca “...la comprensión, la tolerancia, y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos...”.

Resolución de la Asamblea General y no un acuerdo vinculante; porque su proceso de elaboración y adopción no fue precisamente el más democrático y plural pese a la pretendida vocación de universalidad que tiene su texto³¹⁰; porque tampoco conceptualiza qué ha de entenderse por discriminar y porque consagra la no discriminación como una norma no autónoma, referida sólo a los derechos que la propia *Declaración* contempla (aunque mejora en esta parte el texto de la *Carta* al incluir otros criterios de discriminación, tema sobre que el iré más adelante). Sobre estas debilidades en todo caso hay que decir que hoy es un tema bastante superado y ya nadie discute el valor histórico que tiene para la humanidad y el desarrollo de los instrumentos de derechos humanos de carácter obligatorio³¹¹, aún cuando se trate de una Resolución y no un tratado³¹², y tampoco se cuestiona el peso vinculante que por vía consuetudinaria ha logrado desde 1948, entendiéndose por la doctrina más reconocida que constituye un “higher law”, cuyos principios no pueden desconocer los miembros de las Naciones Unidas y que sirve de parámetro para medir la legitimidad con que actúan ciertos estados³¹³.

De este modo, sin perjuicio de la generalidad descrita y las eventuales debilidades de la *Declaración* del año 1948, lo cierto es que las normas que he citado son la base del posterior desarrollo que se ha obrado en el seno de Naciones Unidas y, por la vía de la obligatoriedad que tienen las disposiciones de la *Carta* para los integrantes de la organización especialmente por la relación de los artículos 55 y 56, y por el valor que por vía consuetudinaria ha logrado la *Declaración Universal*, constituyen el punto de partida del reconocimiento jurídico de la norma en estudio.

Asimismo, existe una clara y estrecha relación entre ambas toda vez que se ha entendido que la *Declaración Universal* viene a complementar la ausencia de un catálogo de derechos de que adolece la *Carta* y en ese sentido, “...constituye a este respecto, tanto un complemento como una interpretación de la Carta”³¹⁴.

Esta importancia ha sido además refrendada por la Corte Internacional de Justicia en relación especialmente al valor que tienen las normas sobre derechos humanos que se contienen en la *Carta* y la norma de no discriminación. La expresión máxima de este valor fue cuando por primera vez, en la sentencia pronunciada en el *Asunto relativo al Personal Diplomático y Consular de los Estados Unidos de América en Teherán*, de fecha 24 de mayo de 1980, se refirió expresamente a la

³¹⁰ Un estudio sobre el proceso de elaboración de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* y los conflictos ideológicos que se manifestaron durante el mismo se encuentra en Cassese, A., *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Traducción de Atilio Pentimalli y Blanca Ribeira de Madariaga, 1ª. reimpresión de la 1ª. edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1993, pp. 36-54.

³¹¹ Sobre la importancia de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* para el proceso de protección de los derechos humanos y su impacto en la filosofía y en el derecho, véase Bobbio N. “Presente y Porvenir de los derechos humanos” en Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos*, Editorial Sistema, Traducción de Rafael de Asís Roig, Madrid, 1991. En cuanto a la trascendencia de este instrumento para la adopción de otros posteriores, ello fue reconocido por los Estados en el Documento *Declaración y Programa de Acción de Viena*, adoptado con motivo de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 1993, que dice en lo pertinente al punto que destaca el rol de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* como meta común para todos los pueblos y naciones y fuente de inspiración y base de los instrumentos de derechos humanos, en particular los Pactos Internacionales de 1966. Doc. A/CONF.157/23, de 12 de julio de 1993.

³¹² Sobre el valor de las resoluciones de organizaciones internacionales, como fuente de derecho internacional, y su carácter de *soft law*, véase el capítulo 5º de esta tesis.

³¹³ Véase Carrillo Salcedo, J.A., *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995, pp. 50-55; Truyol y Serra, A., *Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, 2ª reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 31 y Cassese, A., *Los derechos humanos (cit)* pp. 54-57.

³¹⁴ Jiménez de Aréchaga, E., *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980, p. 209.

*Declaración: “...el hecho de privar abusivamente de la libertad a seres humanos y someterles en condiciones penosas a coacción física es manifiestamente incompatible con los principios de la Carta de las Naciones Unidas y con los derechos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”*³¹⁵.

Tampoco puede olvidarse que algunos ordenamientos constitucionales le dan valor jurídico. El ejemplo más claro es el ordenamiento español, que en el artículo 10.2 de la Constitución de 1978, hace referencia explícita a ella como fuente de interpretación de sus normas, a la par de los tratados internacionales ratificados por España sobre la misma materia, pudiendo encontrar también como manifestación de esto el artículo 16 de la Constitución portuguesa que indica en su inciso 2º que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales deben ser interpretados e integrados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, o la Constitución peruana de 1993 cuya Cuarta disposición final y transitoria señala que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

De ahí en adelante entonces y con el apoyo de la práctica internacional y el pronunciamiento judicial parece ser que se fue consolidando la norma, y cuando la tarea de redactar un texto sobre derechos humanos que precisara su contenido y estableciera obligaciones jurídicas para los Estados, ya no sólo exhortaciones, culmina con éxito formal en 1966 con la adopción de los famosos Pactos de ese año, la idea de no discriminación cobraría una nueva vida renovada en el marco de instrumentos con fuerza vinculante y vocación de generalidad y pasaría a ser eje de los distintos instrumentos que han ido completando esta rama del Derecho Internacional, siendo el principal órgano de control y vigilancia, el Comité de Derechos Humanos, un ente clave en la comprensión de la idea de discriminar y su adecuación a las distintas formas que esta puede asumir en la vida de individuos y grupos.

Sin embargo, hay que decir que los famosos Pactos gemelos no contienen un concepto internacional de discriminación.

Es antes del año 1966, y en el marco de instrumentos internacionales sectoriales, cuyo principal objeto es justamente luchar contra la discriminación en esferas específicas, donde se contienen definiciones de discriminación que por su valor convencional hay que traer aquí para tomarlas como punto de partida y por cuanto precisamente a partir de ellas es que el Comité de Derechos Humanos, otros órganos de vigilancia y los tribunales internacionales de Derechos Humanos regionales han ido construyendo y comprendiendo el término desde la perspectiva jurídico internacional.

Hago presente acá que en la enorme batería de instrumentos adoptados o aprobados a partir de 1948 en materia de derechos humanos³¹⁶, un fuerte número de ellos contiene como principio y/o norma

³¹⁵ ICJ, Reports, 1980, parágrafo 91 de la sentencia, citado por Carrillo Salcedo, J.A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, p.100.

³¹⁶ Entre esta larga lista se encuentran la *Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, de 9 de diciembre de 1948, en vigor desde el 12 de enero de 1951 (que refleja el rechazo más absoluto a lo que fueron las prácticas del

la idea de no discriminar, incluyendo no sólo los que han surgido del principal órgano “legislador” de Naciones Unidas: la Asamblea General, sino de los dos organismos especializados que se han preocupado en extenso de la cuestión de la discriminación y las diversas formas que ella asume. Me refiero a la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), preocupada desde siempre de aquella discriminación fundada en la raza (en razón de su mandato)³¹⁷ y la Organización Internacional del Trabajo (OIT) receptiva de la que se da en el ámbito del trabajo³¹⁸. Justamente es este último órgano el gestor de la primera definición positiva internacional de discriminación.

No quiero dejar de mencionar acá que uno de los precedentes principales de este importante desarrollo de instrumentos de protección y promoción de la no discriminación es la *Déclaration des Droits Internationaux de l’homme* (*Declaración de los Derechos Internacionales del Hombre*),

régimen hitleriano durante la Segunda Guerra Mundial. El genocidio se concibe en la *Convención* en términos generales como la comisión de ciertos actos “perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal...” Lo determinante para la calificación de genocidio es que se presente el móvil señalado: la intención de destruir a los grupos expresamente indicados. No se incluyen a grupos políticos, económicos o sociales puesto que la idea es respecto de grupos que están unidos por un vínculo que es permanente. El Estatuto de Roma al fijar su competencia en el artículo 5º recoge cuatro figuras delictivas que son las que se estiman los “crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto”, una de ellas es el crimen de genocidio que aparece definido en el artículo 6º del Estatuto de la misma manera que lo hace la Convención del año 1948); la *Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951, en vigor desde el 22 de abril de 1954; la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, de 20 de diciembre de 1952, en vigor desde el 7 de julio de 1954; la *Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas*, de 28 de septiembre de 1954, en vigor desde el 6 de junio de 1960; el *Protocolo de 23 de octubre de 1953*, de enmienda al *Convenio sobre la esclavitud*, de 25 de septiembre de 1926, en vigor desde el 7 de diciembre de 1953; la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos del Retrasado Mental*, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 2856 (XXVI), de 20 de diciembre de 1971; la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del crimen de Apartheid*, de 30 de noviembre de 1973, en vigor desde el 18 de julio de 1976; la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los impedidos*, proclamada por la Asamblea General en su Resolución 3447 (XXX), de 9 de diciembre de 1975; la *Convención de Naciones Unidas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, de 10 de diciembre de 1984, en vigor desde el 26 de junio de 1987 (relevante porque incluye la idea de no discriminación en la propia definición de tortura del artículo 1º, con lo cual la transforma en transversal frente a las prácticas que puedan considerarse como torturas. Dice esta disposición: “1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflinja intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean inflingidos por un funcionario público u otras persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”); la *Convención Internacional contra el Apartheid en los Deportes*, de 10 de diciembre de 1985, en vigor desde el 3 de abril de 1988; la *Declaración relativa a los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del Estado en que viven*, adoptada por la AGNU como Resolución A/RES/40/144, de 13 de diciembre de 1985; la *Declaración de Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo*, adoptada por la Asamblea General en su Resolución 41/128, de 04 de diciembre de 1986; la *Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño*, de 20 de noviembre de 1989, en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 y su *Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, de 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002; la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 18 de diciembre de 1992; la *Resolución de la Asamblea General Medidas para combatir las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas conexas de intolerancia*, de 1 de marzo de 1999 y la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias*, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003.

³¹⁷ Entre estos destaco por su relevancia al tema la *Declaración de la UNESCO Principios sobre la Tolerancia*, de noviembre de 1995; la *Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural*, de 2 de noviembre de 2001; la *Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos*, de 19 de octubre de 2005 (que en su artículo 11 recoge expresamente el principio de no discriminación junto a la no estigmatización) y la *Convención Internacional de la UNESCO sobre la promoción y protección de la diversidad de las expresiones culturales*, de 20 de octubre de 2005.

³¹⁸ Aquí destaco por su pertinencia a la cuestión de la discriminación el *Convenio de la OIT N° 100* relativo a la igualdad de remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor, de 29 de junio de 1951, en vigor desde el 23 de mayo de 1953; el *Convenio de la OIT N° 105* sobre la abolición de trabajo forzoso, de 25 de junio de 1957, en vigor desde el 17 de noviembre de 1959; el *Convenio de la OIT N° 97* sobre los trabajadores migrantes, de 1º de julio de 1949 (revisado) en vigor desde el 22 de enero de 1952 y el *Convenio de la OIT N° 143* sobre las migraciones en condiciones abusivas y la promoción de la igualdad de oportunidades y de trato de los trabajadores migrantes, de 1975 y Disposiciones complementarias, en vigor desde el 9 de diciembre de 1978 (que reconocen que los trabajadores migrantes y las minorías étnicas sufren discriminación a causa de su nacionalidad, color, raza u origen étnico) y la *Declaración de la OIT* relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo, adoptada por su Conferencia General, el 18 de junio de 1998.

adoptada por el *Institut de Droit International* (Instituto de Derecho Internacional), el 12 de octubre de 1929, que establece una serie de derechos que todos los Estados deben reconocer “*a todo individuo... en su territorio...sin distinción de nacionalidad, sexo, lengua o religión...sin discriminación alguna, directa o indirecta*”, como son el derecho a la vida, el derecho a la libertad de conciencia y de religión, el derecho a la libre elección de la lengua así como a su enseñanza, y el derecho a no ser privado de la nacionalidad³¹⁹.

3.2.1. La primera conceptualización positiva internacional.

Comienzo entonces por el que fue el primer instrumento vinculante que definió la discriminación en un ámbito específico, el laboral: el *Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (Nº. 111) relativo a la discriminación en materia de ocupación y empleo*, de 25 de junio de 1958, en vigor desde el 15 de junio de 1960, que en su artículo 1º señala:

“A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

- a. cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
- b. cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados”.

Analizando este artículo se puede ver que las conductas rectoras son: *distinguir, excluir o preferir*³²⁰. A partir de ellas se pueden extraer los siguientes elementos de lo que será la idea de discriminación en el ámbito positivo internacional:

- 1) es una desigualdad de tratamiento consistente en una distinción, exclusión o preferencia,
- 2) esa desigualdad se basa en los motivos o criterios que se indican, y
- 3) tiene por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades en la materia de que se trate (en este caso, en materia de empleo)

³¹⁹ Gramain, P.; *Les droits internationaux de l'homme*, Paris (Les éditions internationales) 1933, pp. 238-239, citado por Castillo, M., *Derecho Internacional (cit.)*, p. 47.

³²⁰ Vale consignar que tales verbos rectores se encuentran también en algunas definiciones de discriminación adoptadas en diversos derechos nacionales. Así se encuentra la definición contenida en el artículo 4º de la *Ley Federal Mexicana para Prevenir y Eliminar la Discriminación*, publicada en el Diario Oficial de ese país el 11 de junio de 2003, que señala que se entiende por discriminación: “...toda distinción, exclusión o restricción que, basada en el origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidad, condición social o económica, condiciones de salud, embarazo, lengua, religión, opiniones, preferencias sexuales, estado civil o cualquier otra, tenga por objeto impedir o anular el reconocimiento o el ejercicio de los derechos y la igualdad real de oportunidades de las personas. También se entenderá como discriminación la xenofobia y el antisemitismo en cualquiera de sus manifestaciones”. Un concepto diverso de discriminación que no usa expresamente estos verbos rectores se encuentra en el ordenamiento jurídico peruano en el cual a partir de la Ley Nº 27.270, contra actos de discriminación, promulgada y publicada en el año 2000, se introdujo un capítulo en el Código Penal creando el llamado “delito de discriminación”. Dice el artículo 2º que “Se entiende por discriminación, la anulación o alteración de la igualdad de oportunidades o de trato, en los requerimientos de personal, a los requisitos para acceder a centros de educación, formación técnica y profesional, que impliquen un trato diferenciado basado en motivos de raza, sexo, religión, opinión, origen social, condición económica, estado civil, edad o de cualquier índole”.

Ahora bien, la parte final de la letra b) del artículo que comento deja un espacio muy grande para la discreción de los estados que, en todo caso, quedan en este margen de apreciación obligados a vincularse a los empleadores y a los propios trabajadores.

Este acuerdo es realmente importante para el tema que ocupa esta páginas pues no solo es pionero en establecer un concepto sino que además porque incluye en el artículo 5º la posibilidad de que se adopten por los Estados miembros “*medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial*”. Al afirmar que tales medidas “*no se consideran como discriminatorias*” está ayudando a construir también el concepto desde otra visión, la de su variante de “acciones positivas” que será analizada más adelante.

3.2.2. Los acuerdos posteriores sobre cuestiones o colectivos específicos.

Años más tarde otros instrumentos han seguido estos mismos lineamientos para definir la discriminación, lo que se ha hecho principalmente en el marco de acuerdos sobre cuestiones específicas, educación y discriminación racial; o en relación a grupos determinados de personas calificados por su mayor vulnerabilidad, como es el caso de las *mujeres* y más recientemente, los discapacitados.

3.2.2.1. La Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza.

En el marco de un acuerdo sectorial, la *Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza*, de 14 de diciembre de 1960, en vigor desde el 22 de mayo de 1962, en su artículo 1º proporciona una definición de discriminación, ahora en el ámbito de la enseñanza.

“*A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:*

- a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;*
- b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;*
- c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupo; o*

- d. *Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana*”.

Como se aprecia, acá se agrega la expresión “limitación” y se agregan otros criterios de discriminación, complementando de esa forma la definición de la OIT.

Además, esta definición mejora al incluir un listado - no cerrado - de ejemplos que constituyen discriminación; al establecer obligaciones positivas y negativas para los estados y al matizar lo preceptuado en el artículo 1º.c. en relación a instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos.

Sobre esto último, efectivamente en el artículo 2º se matiza esa prohibición y permite: i) sistemas de enseñanza separados para los alumnos de *sexo masculino* y para los de *sexo femenino* sobre una base equivalente; ii) sistemas de enseñanza separados por motivos de orden religioso o lingüístico, que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, con carácter facultativo y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a determinadas normas; iii) establecimientos de enseñanza privados, siempre que su finalidad no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, bajo ciertas condiciones.

Este artículo no hace mención a medidas especiales de discriminación, lo que he analizado como “acciones positivas”, sino que se limita a determinar en qué circunstancias no se considera que la existencia de sistemas de enseñanza separados constituye una discriminación. Además, no prevé explícitamente escuelas públicas especiales.

Sin embargo, el relator Bossuyt ilustra que en la labor preparatoria se indica también que las medidas especiales encaminadas a hacer frente a las necesidades específicas de las personas en determinadas circunstancias, como los niños deficientes, los ciegos, los inmigrantes y las poblaciones analfabetas no son preferencias “injustificadas”, sino que servirían más bien para situar a las personas desfavorecidas en condiciones de auténtica igualdad³²¹.

El artículo 5º de esta Convención contiene por su parte una interesante innovación en torno al derecho de los miembros de minorías nacionales a ejercer actividades docentes que les sean propias, entre ellas la de enseñar su propio idioma, siempre y cuando ese derecho no se ejerza de manera que impida a los miembros de las minorías comprender la cultura y el idioma del conjunto de la colectividad y tomar parte en sus actividades, ni que comprometa a la soberanía nacional. Además, el nivel de enseñanza en esas escuelas no deberá ser inferior al nivel general y la asistencia a tales escuelas será facultativa. Obliga además a los Estados Partes a tomar todas las disposiciones necesarias para garantizar la aplicación de ese derecho, pero no se hace alusión a que el Estado tenga la obligación de prestar asistencia financiera o de otra índole al grupo.

³²¹ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

La innovación es enorme entonces al contemplar un derecho colectivo y con ello ampliar la idea de discriminación también a los grupos. Es claro que en muchos casos el criterio de diferenciación a partir del cual se produce la conducta discriminadora no es uno que aislado tenga relevancia sino que afecta al conjunto de personas que comparten ese rasgo por una desvaloración social.

Otro gran aporte de esta definición es considerar que son discriminatorias tanto las prácticas que tiene “*por finalidad*” como las que tienen “*por efecto*” destruir o alterar la igualdad de trato, lo que es una cabida en el ámbito positivo a la idea de “discriminación indirecta” en una fórmula que se irá repitiendo en el futuro en otros textos.

Criticable parece si la asimilación de *sexo* y *género* lo que entiendo responde por cierto al tiempo histórico de su adopción.

3.2.2.2. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

Este importante instrumento, de 21 de diciembre de 1965 y en vigor desde el 4 de enero de 1969, tuvo por base la *Declaración sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, aprobada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1963 como Resolución 1904 (XXVIII) y goza de uno de los porcentajes más altos de ratificación en el marco de los instrumentos de derechos humanos de Naciones Unidas junto a la *Convención de los Derechos del Niño*.

Su definición de discriminación se contiene en el artículo 1º bajo cuyos términos lo es: “...*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, linaje u origen nacional o étnico, que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas políticas, económica, social o cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública*”.

Como se aprecia, se agrega a las conductas rectoras del *Convenio N° 111 de la OIT* la de “retringir”, lo cual es una novedad de este texto.

A partir de ella entonces, a los elementos de lo que será la idea de discriminación en el ámbito positivo internacional extraídos de la definición de la OIT y complementados por la UNESCO, habría que agregar un cuarto, referido a los ámbitos o esferas en que se prohíbe la discriminación.

De modo entonces que puedo decir que a partir de esta Convención, la idea de discriminación se configura con la presencia de cuatro elementos:

1º. se trata de una desigualdad de tratamiento consistente en una distinción, exclusión, preferencia, limitación o restricción;

2º. esa desigualdad se basa en ciertos motivos o criterios que se indican;

3°. tiene por objeto o por resultado producir un cierto efecto y que consiste en anular, alterar o menoscabar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales; y

4°. la discriminación puede producirse en cualquier esfera de la vida pública, sea la política, la económica, la social, la cultural o cualquier otra.

También contribuyendo a crear un concepto internacional de discriminación hay que considerar el párrafo 4 de su artículo 1° en relación con el artículo 2° referido a las “acciones positivas”, tema sobre el que volveré en la parte pertinente.

3.2.2.3. La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

La *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, de 18 de diciembre de 1979 y en vigor desde el 3 de septiembre de 1981, tiene su antecedente en la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas mediante Resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967 y constituye uno de los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos³²².

La definición de discriminación que contiene este texto es similar a las anteriores y se contiene en el artículo 1° que indica que “*la expresión “discriminación contra la mujer” denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”.

Como puede apreciarse, se contemplan en esta definición los cuatro elementos configuradores que ya he descrito con la precisión de que en relación a las esferas en que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, órgano de vigilancia de este Tratado³²³, ha sostenido en su Recomendación General N° 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también a la esfera laboral, lo cual constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (violencia sexual, por ejemplo) y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer³²⁴, idea ratificada por el mismo Comité en su Recomendación General N° 19, de 29 de enero de 1992, que señala expresamente que la definición de discriminación del artículo 1 de la CEDAW incluye “la violencia basada en el sexo, es decir, la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o

³²² Hay que tener presente que el *sexo* es el criterio de discriminación más antiguo, más extendido temporal y espacialmente, y el que reviste más formas pues, normalmente en el caso de la mujer confluye una doble discriminación por lo menos. La primera, por el solo hecho de ser mujer, la segunda por alguna de las características que forman su identidad. Sobre este tema se volverá en detalle en el capítulo 3°.

³²³ La Convención contempla en sus artículos 17 al 22 como órgano de vigilancia del tratado el llamado Comité para la Eliminación de la discriminación contra la mujer. En virtud del *Protocolo Facultativo a la Convención*, de 6 de octubre de 1999, en vigor desde el 22 de diciembre de 2000, se permite presentar quejas individuales ante el Comité en forma personal o grupal.

³²⁴ [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/ce139d61da39928cc12563ee00629d77?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/ce139d61da39928cc12563ee00629d77?Opendocument) (último acceso: 26 de diciembre de 2009)

que la afecta en forma desproporcionada”, incluyendo en ella actos que provocan daños o sufrimientos de índole física, mental o sexual, amenazas de cometer esos actos, coacción y otras formas de privación de la libertad.

Hay que mencionar que se excluyó la expresión “preferencia” con el fin de no considerar discriminatorias las “acciones positivas” que puedan contemplarse a favor de las mujeres y por la compleja cuestión de la maternidad, evidenciando en estos tópicos que existían diversas posturas sobre la igualdad de trato entre las delegaciones que participaron en su elaboración. Sobre el particular Rodríguez Manzano informa que algunas delegaciones subrayaron que, ante la desigual posición de hombres y mujeres en situaciones como el embarazo y el cuidado de los hijos, la protección de la maternidad no suponía un trato preferente, mientras que para otras éste último abarcaba cualquiera actuación que favoreciese a uno de los sexos, incluyendo dicha protección. Agrega que entre las delegaciones que sostenían la primera postura estaban la soviética y portuguesa, deseosas de incluir el término “preferencia” siempre que no impidiese proteger la maternidad, y Suecia que argumentaba en defensa de ella señalando sí que las medidas especiales de carácter temporal destinadas a facilitar la igualdad de facto de hombres y mujeres no podían ser consideradas discriminatorias³²⁵.

3.2.2.4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, adoptada por consenso por los 192 países miembros de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 y en vigor desde el 3 de mayo de 2008, constituye un gran avance en el ámbito de la discriminación³²⁶.

La trascendencia de este texto es notable por la especial discriminación múltiple que normalmente afecta a quienes padecen alguna discapacidad. Así ha quedado por lo demás reconocido en la letra p) del Preámbulo de la *Convención* en que se hace referencia al agravamiento de la discriminación de las personas con discapacidad por motivos de raza, color, sexo idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquiera otra condición.

En su artículo 5º consagra la igualdad y la no discriminación, la cual en el artículo 3º ya se anuncia como uno de los principios generales de esta *Convención*.

Por su parte el artículo 2º contempla una serie de definiciones entre ellas la de “discriminación por motivos de discapacidad”, que es “*cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento,*

³²⁵ Rodríguez Manzano, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008, p. 100.

³²⁶ La idea de adoptar un texto vinculante en esta materia surgió por una iniciativa mexicana manifestada oficialmente a la Asamblea General en agosto de 2001, transformándose desde entonces en uno de los países promotores del acuerdo para cuya elaboración se creó en el seno de Naciones Unidas un comité especial en el año 2002. El tiempo transcurrido muestra que en el marco del trabajo universal por los derechos humanos este es uno de los tratados más rápidos en su proceso de elaboración y adopción.

goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

De tal modo, este concepto hay que relacionarlo con la idea de “ajustes razonables” que también viene definida en el artículo 2º que indica que son “*las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”.

Lo que vienen a ser en mi entender estos “ajustes razonables” son las “medidas especiales” del ámbito internacional presentes también en otros acuerdos y a las que iré más adelante.

En cuanto a la definición, claramente ella se inspira en las que he citado en el marco de otros acuerdos sobre discriminación y contiene los elementos descritos.

3.2.3. El concepto en los Pactos Internacionales de 1966.

En lo que se refiere al desarrollo normativo, sin duda muy generoso en el ámbito de los derechos humanos, estos *Pactos* son especialmente relevantes pues forman la parte vinculante de lo que se conoce como *Carta Internacional de Derechos Humanos*³²⁷, siendo sin duda los tratados sobre derechos humanos más importantes en relación al ámbito de aplicación dada su vocación de universalidad.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* consagra las ideas de igualdad y no discriminación en varios de sus artículos. Las normas más relevantes son los artículos 2º.1º y 26³²⁸.

El primero a propósito del compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos del Pacto sin distinción y que eleva entonces a rango de norma convencional y por tanto, obligatoria para los Estados, la prohibición de discriminar, lo cual es aún más relevante teniendo en

³²⁷ Se entiende que esta *Carta Internacional* se integra por los siguientes textos: la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, adoptada como ya he dicho como Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, abiertos estos últimos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, y que entraron en vigencia diez años después, es decir, el año 1976, el 23 de marzo el primero y el 3 de enero el segundo. El PIDCP se complementa con dos *Protocolos Facultativos*. El primero es del mismo 16 de diciembre de 1966, está en vigor desde el 23 de marzo de 1976 e incluye el mecanismo de quejas individuales. El segundo es del 15 de diciembre de 1989, está en vigor desde el 11 de junio de 1991 y va destinado a abolir la pena de muerte.

³²⁸ Otros artículos del PIDCP que se refieren a la igualdad y no discriminación son: el 3º (en el marco de la garantía del goce de derechos por igual para hombres y mujeres y que ha sido el punto de partida para la protección posterior de las mujeres en cuanto grupos vulnerables, habida cuenta que la *Declaración Universal* no se refiere a este derecho en forma expresa sino sólo lo refiere en el Preámbulo y en el artículo 16, a propósito del derecho de hombre y mujer a casarse y formar una familia); 4º.1º. (en relación a que en los casos de situaciones excepcionales de suspensión de las obligaciones del Pacto, esta suspensión no debe entrañar discriminación alguna); 14 (a propósito de la igualdad de toda persona ante los tribunales y cortes de justicia); 20.2º. (en el marco de la prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación y que a la vez actúa como límite al ejercicio de otros derechos también comprendidos en el Pacto como la libertad de expresión del artículo 19 o la libertad de asociación del artículo 22); 23.4º. (a propósito de la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio); 24.1º. (en relación a las medidas de protección a que tiene derecho todo niño, las que han de ser sin discriminación, norma que se vio reforzada con la entrada en vigor de la *Convención sobre Derechos del Niño* que establece en el artículo 2º la obligación estatal de no discriminar a los niños); 25 (a propósito del ejercicio de derechos por los ciudadanos) y 27 (que establece la consagración de los derechos de las personas que pertenezcan a minorías).

cuenta su vocación de universalidad geográfica y la existencia del *Primer Protocolo Facultativo* que permite la presentación de quejas al Comité de Derechos Humanos. El artículo 26 en tanto consagra la igualdad ante la ley, la igual protección de la ley sin discriminación y una amplia prohibición de toda discriminación por los motivos que se indican, pero sin entregar una definición de qué se entiende por discriminación en el marco de este acuerdo³²⁹.

Como es sabido, el PIDCP cuenta con un órgano de tutela que se instituye en el artículo 28, el Comité de Derechos Humanos (CDH), el cual si bien no es un órgano jurisdiccional y por tanto carece de fuertes competencias, sí ha trabajado en el marco de sus potestades para perfilar la idea y llenar vacíos o salvar cuestiones vinculadas al real alcance de la idea de discriminación.

Así las cosas, el concepto, alcance y sentido de la idea de discriminación del PIDCP ha sido complementado y ampliado a través del trabajo del Comité de Derechos Humanos, sea por la vía de las resoluciones que pronuncia en el marco del procedimiento de quejas individuales establecido en el *Primer Protocolo Facultativo*³³⁰, sea en el marco de las observaciones generales que ha ido emitiendo desde su creación, para ir desarrollando y a la vez limitando el alcance de los distintos derechos consagrados en el *Pacto*³³¹.

En el marco de su trabajo y frente a la ausencia de una definición en el texto, el Comité ha dado un concepto de discriminación a través de su Observación General (OG) No. 18, de 29 de marzo de 1996 que, basándose en las definiciones de las *Convenciones para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial y contra la Mujer*, indica en el párrafo 7 que en virtud del PIDCP la discriminación se debe entender como “*toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como la raza, el color, el idioma, la religión, el origen nacional o social, el nacimiento o cualquiera otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas*”³³².

Esta definición a simple vista concuerda con las que he venido analizando y contiene los cuatro elementos estructurales. Sin embargo, si se tiene en vista que este es el principal acuerdo sobre derechos humanos con carácter general y que contiene el artículo 26 que es la principal norma autónoma en la materia, me parece inapropiado que el Comité use la fórmula residual “*o cualquiera otra condición social*” puesto que hace alusión a condiciones “*sociales*”, con lo cual en virtud de una interpretación literal y restringida del texto se podrían entender como no protegidas circunstancias o condiciones no derivadas estrictamente de la vida en sociedad, como lo sería por ejemplo, una situación de minusvalía adquirida en la vida adulta por un accidente doméstico o una

³²⁹ Dice este artículo: “*Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

³³⁰ Si bien las decisiones finales del Comité no tienen carácter resolutorio o determinante, sino que son meras opiniones que deben contener argumentos jurídicos sobre el fondo de la cuestión sobre que recaen, han ido logrando un fuerte valor moral y político que ha contribuido a su fuerza aunque se mantenga su falta formal de eficacia jurídica como mecanismo protector.

³³² Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

condición de obesidad producida por un trastorno físico-hormonal y no alimenticio y que pudieran incidir en el goce y ejercicio de derechos.

En todo caso, esta idea de otra condición con el “apellido” de “*social*” sólo surge del texto oficial del PIDCP en español. El texto en inglés usa la expresión: “*other status*” y el texto en francés “*toute autre situation*”, con lo cual para evitar cualquier duda frente a una interpretación lógica de lo “*social*”, más valdría la invocación del texto en alguno de estos dos idiomas.

Debo decir en todo caso que por el juego de la consagración de otras cláusulas de no discriminación del mismo tratado estas condiciones si podrían quedar resguardadas y por lo demás, en cuanto a si las causales de discriminación del artículo 26 constituyen una enumeración cerrada o se admiten otros criterios, el Comité de Derechos Humanos ha dicho que se pueden incluir otros motivos.

La cuestión pasa entonces por determinar cuáles son estos criterios de diferenciación.

Al respecto, en la Observación General N° 18 se señala en su parte final, párrafo 13: “*no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto*”³³³. En otras palabras, lo que establece el Comité es toda distinción que sea hecha por un motivo no razonable, objetivo o que no persiga los propósitos del Pacto deberá ser considerada como discriminatoria, lo que lleva a la determinación de cuándo un criterio no es razonable u objetivo.

Considerando que esta Observación General es del año 1996 parece lógico suponer que el uso de estas expresiones por parte del Comité es sobre la base de los desarrollos jurisprudenciales sobre la materia, específicamente, los importantes aportes para la conceptualización internacional de la discriminación por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tema que trataré más adelante.

Por su parte, el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* también trae referencias a la no discriminación que “impregna” en mi criterio todo su articulado, incluyendo además las ideas de igualdad y tolerancia en diversos artículos³³⁴. La principal norma en relación a la idea de discriminación es el artículo 2º.2º que en lo general se refiere a las medidas que deben adoptar los estados, por separado o a través de la asistencia y cooperación internacionales para lograr la plena efectividad de los derechos que reconoce el PIDESC³³⁵ y sobre el que ha habido un importante desarrollo en el trabajo del órgano de control respectivo.

Como es sabido, en atención a su especial naturaleza, las obligaciones jurídicas que asumen los estados frente a los derechos económicos, sociales y culturales son de una naturaleza diversa a aquellas adoptadas para la garantía de los derechos civiles y políticos.

³³³ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

³³⁴ Los artículos del PIDESC que se refieren a la igualdad y no discriminación son los artículos 2º.2º. (referido a la adopción de medidas por parte de los Estados para garantizar los derechos del Pacto); 3º (a propósito de la igualdad entre hombres y mujeres en el goce de los derechos que reconoce el Pacto); 7º.a.i. (a propósito de la igualdad de salario por trabajo de igual valor, sin distinciones); 10 (a propósito de las medidas especiales de protección y asistencia que se deben adoptar a favor de los niños y adolescentes, sin discriminación por razón de filiación u otra condición) y 13 (a propósito del derecho a la educación, la cual debe favorecer la tolerancia y la amistad entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos).

³³⁵ Dice este artículo en la parte pertinente que: “*Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), creado por la Resolución 1985/17 del Consejo Económico y Social (ECOSOC) para vigilar la implementación del Pacto, ha dicho en su Observación General N° 3, de 14 de diciembre de 1990, que si bien se contempla una realización paulatina teniendo en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de recursos con que cuente el estado obligado, existen obligaciones en el Pacto que tienen efecto inmediato y una de ellas es que los estados se comprometen a garantizar que los derechos pertinentes se ejercerán sin discriminación³³⁶, lo que transforma esta obligación en una de comportamiento, lo que se ha reforzado en 2009 al señalar en la Observación General N° 20 que la no discriminación es una obligación inmediata y de alcance general en el Pacto³³⁷.

El mismo Comité se ha encargado también de establecer que la enumeración de criterios de discriminación no es exhaustiva y por consiguiente deben también impedirse otras formas de discriminación injustas que afecten el ejercicio de los derechos del Pacto. “La inclusión de ‘cualquier otra condición social’ indica que esta lista no es exhaustiva y que pueden incluirse otros motivos en esta categoría”³³⁸.

Ejemplos claro son la inclusión de la discapacidad y la ancianidad que, en cuanto criterios de discriminación, no aparecen expresamente en el PIDESC pero se entienden incluidos, como ha quedado claro en la Observación General N° 5, de 09 de diciembre de 1994, referente a las personas con discapacidad y en la Observación General N° 6, de 08 de diciembre de 1995, referente a los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores en que si bien indica que no está claramente proscrita, si hay una tendencia firme hacia la eliminación mundial de toda discriminación fundada en la edad mayor³³⁹.

La idea de no exhaustividad de criterios se refuerza también con el aporte de la Observación General N° 14, de 11 de agosto de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC) que establece que el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlos, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole, lo cual es claramente una fórmula bastante abierta sobre los criterios que destaco por la inclusión de la *preferencia sexual* en forma expresa³⁴⁰.

En esta línea el aporte más relevante lo hace la mencionada Observación General N° 20, de 2 de julio de 2009, que bajo el epígrafe “Motivos prohibidos de discriminación” agrupa el desarrollo de aquellos “motivos expresos” y de todos los que se incluyen en la expresión “otra condición social”, desarrollando acá la discapacidad, la edad, la nacionalidad, el estado civil y la

³³⁶ Doc. NU E/1991/23

³³⁷ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

³³⁸ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 15.

³³⁹ Doc. NU E/C.12/1995/16/Rev.1

³⁴⁰ Doc. NU E/C.12/2000/4

situación familiar, la orientación sexual y la identidad de género, el estado de salud, el lugar de residencia y la situación económica y social³⁴¹, constituyéndose así en el último instrumento adoptado por los órganos de vigilancia de los tratados que da cuenta de una recepción ampliada de los motivos que no se consagran expresamente en el derecho internacional convencional e incluyendo en forma explícita la *orientación sexual* y la *identidad de género*.

Asimismo, manteniendo plena vigencia a este fin de la primera década del siglo XXI ha dicho el Comité en el año 2000³⁴², recogiendo los Principios de Limburgo de 1986 y las Directrices de Maastricht de 1997³⁴³, que deben terminarse las discriminaciones de iure y de facto que afecten el goce de esta clase de derechos.

Además, que el Pacto no sólo obliga a los Estados a desistir de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados parte de prohibir a los particulares y a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquiera esfera de la vida pública³⁴⁴. Esto es lo que se conoce como el “efecto horizontal” de las normas de no discriminación, cuestión a la que haré luego algunas referencias.

Específicamente en el ámbito de la educación, en que el PIDESC contiene la norma más desarrollada de todo el sistema normativo de derechos humanos sobre la materia, el artículo 13, el Comité ha dicho en su Observación General N° 13, de 8 de diciembre de 1999, que la educación, en cualquiera de sus niveles debe ser no discriminatoria, o sea, accesible a todos, especialmente a los grupos más vulnerables de hecho, de hecho y de derecho, sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos y refuerza el carácter inmediato y no condicionado por los recursos que tiene la obligación de no discriminar en el ámbito de la educación³⁴⁵.

En otro importante derecho social, el derecho a la salud, contenido en el artículo 12, el Comité se ha referido en su Observación General N° 14, de 11 de agosto de 2000, en relación a la no discriminación como un tema de alcance general y que el ejercicio del derecho a la salud

³⁴¹ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafos 18 al 35.

³⁴² Doc. NU E/C.12/2000/13

³⁴³ Entre el 2 y el 6 de junio de 1986 se reunieron en Maastricht, Países Bajos, un grupo de expertos en Derecho Internacional, convocados por la Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, EE.UU.). El propósito del encuentro era considerar la naturaleza y el alcance de las obligaciones de los Estados Partes del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, así como la cooperación internacional según lo dispuesto en la Parte IV del *Pacto*. A partir de su trabajo se establecieron una serie de principios en relación a estos derechos y se formularon algunas recomendaciones. El conjunto de estas reflexiones es lo que se conoce como *Principios de Limburgo*. Años más tarde, entre el 22 y 26 de enero de 1997, con motivo del décimo aniversario de los *Principios de Limburgo*, se reunió en Maastricht un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas, el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, con el objetivo de ampliar el entendimiento de los *Principios de Limburgo* con respecto a la naturaleza y alcance de las violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales y las respuestas y recursos frente a los mismos. Las directrices acordadas, conocidas como *Directrices de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales*, tienen importancia pues reflejan la evolución en la materia y porque se ha entendido que si bien se refieren a la interpretación del PIDESC, tiene igual valor en la interpretación y aplicación de otros instrumentos internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales, constituyendo uno de los instrumentos de *soft law* más relevantes en el goce de derechos de segunda generación.

³⁴⁴ Folleto Informativo N° 16 (Rev.1). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

³⁴⁵ Doc. NU E/C.12/1999/10

depende del pleno respeto a la no discriminación, con lo cual refuerza la vinculación entre el principio que estudio y todos los derechos humanos.

En efecto, el derecho a la salud, concebido por el Comité de manera más amplia a como lo ha definido la Organización Mundial de la Salud³⁴⁶, abarca varios elementos esenciales e interrelacionados, uno de los cuales es la accesibilidad, frente a la cual la no discriminación es principio rector en cuanto a accesibilidad física, económica e informativa. Asimismo, en esta Observación el Comité se ha encargado de remarcar la necesidad de una salud sin discriminación especialmente para quienes constituyen grupos más vulnerables por una cierta condición de su identidad; la mujer (el *sexo*); los niños (la edad); las personas mayores (la edad); las personas discapacitadas (diferencias físicas); los pueblos indígenas (origen étnico)³⁴⁷.

En cuanto al derecho a una vivienda adecuada, otro de los más visibles derechos sociales, contemplado en el artículo 11°.1°, en su Observación General N° 4, de 13 de diciembre de 1991, ha remarcado la no discriminación como condición de este derecho y su pleno ejercicio y que los estados deben otorgar recursos jurídicos, entre ellos reclamaciones, contra las acciones ilegales que cometen los propietarios de viviendas, sean públicas o privadas, en relación a la no discriminación, como también en contra de las discriminaciones en la asignación y disponibilidad de acceso a la vivienda. En esta observación también el Comité ha querido resaltar la discriminación que sufren algunos grupos vulnerables, en prácticas como el desahucio forzado por ejemplo³⁴⁸.

Ahora bien, hasta 2009 este Comité no había dado una definición general de discriminación que sirva para entender el concepto cuando lo usa, pese a lo cual seguía en general la misma idea que vengo explicando y en ese sentido ha entendido entonces la idea de “discriminar”.

Prueba de ello está en la Observación General N° 5, referente a las personas con discapacidad, en que el CDESC ha dicho que la discriminación fundada en la discapacidad es toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa de acomodación razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales o culturales³⁴⁹, lo cual concuerda con las definiciones convencionales en términos generales, y en la Observación General N° 16, de 11 de agosto de 2005, sobre igualdad de derechos entre hombres y mujeres, que reitera la definición de discriminación que se usa en la *Convención para la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer*³⁵⁰.

Así las cosas, el trabajo del CDESC permite reafirmar la definición antes anotada por parte del CDH, y añadir a ella una observación: existe la obligación inmediata de los estados de velar porque se

³⁴⁶ La Constitución de la OMS, adoptada en Nueva York el 22 de julio de 1946 y en vigor desde el 7 de abril de 1948, concibe a la salud como “*un completo estado de bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades*”.

³⁴⁷ Doc. NU E/C.12/2000/4 (2000)

³⁴⁸ Doc. NU E/1991/23

³⁴⁹ Doc. NU E/C.12/1994/13 (1994)

³⁵⁰ Doc. NU E/C.12/2005/4

elimine toda forma de discriminación, sea que el tratamiento desigual provenga de un agente público o sea que provenga de un particular, aún cuando este es un tema un poco más discutible³⁵¹.

Todos estos desarrollos han venido a reforzarse y completarse en un sentido coherente con un desarrollo progresivo de la materia en julio de 2009 con la referida Observación General N° 20³⁵², relativa a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales conforme el tenor del artículo 2.2 que ya he citado y que en buena medida recoge lo que ha sido el trabajo del Comité en varias de sus Observaciones Generales como ya he señalado y a propósito de los principales derechos que consagra el Pacto estableciendo expresamente ahora que “...*por discriminación se entiende toda distinción, exclusión, restricción o preferencia u otro trato diferente que directa o indirectamente se base en los motivos prohibidos de discriminación y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos reconocidos en el Pacto*”³⁵³.

3.2.4. Los aportes de las Declaraciones y Recomendaciones. El *Soft Law* en la definición.

En el marco de este tipo de instrumento normativo, integrante de lo que se da en llamar *soft law* y a lo que iré en un capítulo especial, también el trabajo a favor de la no discriminación ha sido abundante aún cuando la conceptualización de la idea no ha estado mayormente presente.

En esa línea y consecuente por ser la primera organización que consideró definir la discriminación, en el marco de las Recomendaciones de la OIT - que son verdaderas guías que la organización propone para que a nivel nacional se puedan implementar los convenios que adopta o sobre materias no cubiertas por los convenios - hay que mencionar la *Recomendación N° 111, sobre la Discriminación en materia de empleo y educación*, de 1958, que, ligada al Convenio sobre la misma materia da una definición de discriminación en los mismos términos del convenio que viene a complementar.

Por su parte, la *Declaración sobre la eliminación de toda forma de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones*, aprobada por la Asamblea General el 25 de noviembre de 1981 como Resolución 36/55, es el ejemplo más importante.

Esta Declaración comenzó su preparación al tiempo que se trabajaba para adoptar un acuerdo vinculante sobre discriminación racial, que resultó ser la *Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, de 1965, cuyo concepto de discriminación ya ha sido analizado.

A lo que interesa a esta parte contiene un concepto de discriminación en su artículo 2° asimilando el término a la idea de “intolerancia”. “*A los efectos de la presente Declaración, se*

³⁵¹ Sobre esta cuestión véase en este Capítulo el tema “El llamado “efecto horizontal” de las principales Cláusulas de No Discriminación”.

³⁵² Doc. NU E/C.12/GC/20

³⁵³ Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 7.

entiende por “intolerancia y discriminación basadas en la religión o las convicciones” toda distinción, exclusión, restricción o preferencia fundada en la religión o en las convicciones y cuyo fin sea la abolición o el menoscabo del reconocimiento, el goce o el ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Se trata de una definición bastante similar a las analizadas en textos convencionales con la gran precisión de que sólo se refiere a las distinciones, exclusiones, restricciones o preferencias que tienen *por fin* la anulación o menoscabo de derechos y no a aquellas que sin perseguir ese fin produzcan en los hechos un resultado similar y que es lo que se llama “discriminación indirecta”.

Ahora bien, en el marco de lo que ha sido el aporte de algunas declaraciones a la hora de conceptualizar y dar contenido a la discriminación en el plano jurídico internacional, no puedo dejar de mencionar las cuatro declaraciones adoptadas por la UNESCO en sus primeros años de vida y en el contexto de su labor.

En razón de su mandato³⁵⁴ y preocupada por el tema del racismo que marcaba buena parte del mundo tras la Segunda Guerra Mundial, la UNESCO redactó cuatro textos sobre racismo en la forma de declaraciones, y una convención de alcance amplio sobre la discriminación en el ámbito de la enseñanza, todo ello en el período que va entre 1950 y 1967.

La Convención ya ha sido destacada antes por contener un concepto de discriminación.

Refiero ahora los aportes de estas Declaraciones pues creo que son un importante avance para el plano jurídico pese a su falta de valor vinculante. Se trata de la *Declaración de la UNESCO sobre la Raza*, de 1950; la *Declaración de la UNESCO sobre la Naturaleza de la Raza y sobre las Diferencias Raciales*, de 1951; la *Declaración de la UNESCO Propuestas sobre los aspectos biológicos de la cuestión racial*, de 1964 y la *Declaración de la UNESCO sobre la Raza y el Prejuicio Racial*, aprobada en 1978.

Sin duda la más relevante es la *Declaración de la UNESCO sobre la Raza y el Prejuicio Racial*, aprobada por la Conferencia General por unanimidad el 27 de noviembre de 1978, que introdujo por vez primera de manera clara en el ámbito internacional la idea de igualdad en la pertenencia a la especie humana y a la vez derecho a la diferencia³⁵⁵.

Este texto incorpora ideas y conceptos novedosos al tomar la perspectiva científica en sus postulados³⁵⁶ y pone énfasis además en la necesidad de proteger la identidad de cada persona y el pleno desarrollo de los grupos.

³⁵⁴ El artículo I.1. de la Constitución de la UNESCO, aprobada el 16 de noviembre de 1945, señala que su Propósito es “contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo”.

³⁵⁵ Artículo 1º: “1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad. 2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales”. “3. La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural”.

³⁵⁶ “Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad”.

Sin duda, de ahí en adelante la consideración científica se mantuvo presente frente a cualquier análisis de prácticas discriminatorias y ya consolidado este aspecto, la UNESCO ha seguido su tarea, especialmente útil para dar contenido a la noción de discriminación.

En ese plano, destaco algunos importantes aportes más recientes: la *Declaración de la UNESCO sobre Principios sobre la Tolerancia*, de noviembre de 1995, que en su artículo 1.1. señala “*La tolerancia consiste en la armonía en la diferencia*”; la *Declaración Universal de la UNESCO sobre Diversidad Cultural*, de 2 de noviembre de 2001³⁵⁷, y la *Declaración de la UNESCO sobre Bioética y Derechos Humanos*, de 19 de octubre de 2005, que en su artículo 11 recoge expresamente el principio de no discriminación junto a la no estigmatización. En una norma que estimo que no ha tenido una redacción clara en su versión en español señala: “*Ningún individuo o grupo debería ser sometido por ningún motivo, en violación de la dignidad humana, los derechos humanos y las libertades fundamentales, a discriminación o estigmatización alguna*”.

Por su parte, la *Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la mujer*, aprobada a través de la Resolución de la Asamblea General 48/104³⁵⁸, de 20 de diciembre de 1993, vino a desarrollar con bastante detalle lo que se entiende por “violencia contra la mujer”, lo cual es relevante pues como bien se dijo más arriba, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido en su Recomendación General N° 12, de 6 de marzo de 1989, que se incluyen todas las esferas en aquellas en que se puede generar la discriminación, lo cual constituye a la violencia intrafamiliar y las diversas formas que asume (violencia sexual, por ejemplo) y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer. Esta *Declaración* además en su Preámbulo reconoce que “la violencia contra la mujer constituye una manifestación de relaciones de poder históricamente desiguales entre el hombre y la mujer, que han conducido a la dominación de la mujer y a la discriminación en su contra por parte del hombre e impedido el adelanto pleno de la mujer, y que la violencia contra la mujer es uno de los mecanismos sociales fundamentales por los que se fuerza a la mujer a una situación de subordinación respecto del hombre”.

3.2.5. Los acuerdos regionales que definen la Discriminación.

En este apartado me referiré a aquellos textos normativos adoptados en el marco de los sistemas de protección de derechos humanos americano, europeo y africano que son los tres formalmente constituidos al amparo de un organismo intergubernamental regional, si bien como es sabido el sistema africano es bastante más teórico que real en su eficacia.

³⁵⁷ Cuyo contenido se ha reforzado normativamente a partir de la adopción de la *Convención Internacional de la UNESCO sobre la promoción y protección de la diversidad de las expresiones culturales*, de 20 de octubre de 2005, que entró en vigor el 18 de marzo de 2007.

³⁵⁸ Doc. NU A/RES/48/104

Comenzando por el sistema americano, hay que decir que ya en la *Carta de la Organización de Estados Americanos*, el artículo 3º.I proclama la no discriminación³⁵⁹. También se encuentra en el artículo 45 de la misma *Carta* una disposición similar lo cual es importante pues afecta a todos los miembros de la organización, incluso a aquellos que no han firmado y ratificado el *Pacto de San José de Costa Rica*³⁶⁰.

Por su parte, el principal texto vinculante dentro de este sistema regional, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, conocida también como *Pacto de San José de Costa Rica*, suscrita en la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, el 22 de noviembre de 1969, y en vigor desde el 18 de julio de 1978³⁶¹, contiene la referencia a la idea en el artículo 1º.1º a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en la propia *Convención* y garantizar su libre y pleno ejercicio “...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”³⁶².

³⁵⁹ “Los Estados Americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona humana, sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

³⁶⁰ Por su parte, la *Carta Democrática Interamericana*, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos el 11 de septiembre de 2001, pese a no tener fuerza vinculante, en su capítulo II artículo 9º. dice que: “La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica o racial, y de la diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y a la participación ciudadana”. Sin duda la referencia expresa a la idea de género y a los pueblos indígenas es un gran aporte y por cierto parece consecuente y lógico para un continente con una fuerte presencia de grupos indígenas y victimización por género.

³⁶¹ El sistema de protección americano tiene su punto de partida jurídico en la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, en mayo de 1948. Esta declaración, alabada por ser anterior a la Universal y contener expresamente una referencia a los deberes del hombre y criticada justamente por usar en su título la expresión “hombres” y no personas, en su Preámbulo dice: “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos, y dotados como están por naturaleza de razón y conciencia, deben conducirse fraternalmente los unos con los otros”, lo cual se desarrolla de forma mejorada normativamente en el artículo 2º. que señala que “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Como se aprecia, la norma es breve pero resulta al final en una protección similar a la que establece la propia *Declaración Universal* al usar fórmulas residuales en relación a los criterios de discriminación y al tratarse igualmente de una norma no autónoma, restringida a la no discriminación en los derechos que se reconocen en los respectivos textos. La gran diferencia está en que consagra la igualdad ante la ley en el mismo precepto y contiene una particularidad no apreciable en otros textos: la discriminación no debe darse tampoco en el ejercicio de los deberes. Al igual que la *Declaración Universal*, tratándose de un texto que carece de mérito vinculante en sí misma, ha logrado fuerza por la vía política y moral y tanto la Comisión Interamericana como la Corte Interamericana han dicho que es fuente de obligaciones para los países miembros de la OEA. En tal sentido se ha pronunciado la Corte en la Opinión Consultiva Nº 10, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, de 14 de julio de 1989, promovida por una consulta del gobierno colombiano sobre el punto. La mencionada obligatoriedad surge también a partir de un texto que si es vinculante, el *Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, que en su artículo 20, letra a) señala: “En relación con los Estados miembros de la Organización que no son partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Comisión tendrá, además de las atribuciones señaladas en el artículo 18, las siguientes: a) prestar particular atención a la tarea de la observancia de los derechos humanos mencionados en los artículos I, II, III, IV, XVIII, XXV y XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre”.

³⁶² En el resto del articulado es posible ver que la igualdad y la no discriminación atraviesan todos los derechos que el Pacto consagra. En ese orden, el artículo 8º (sobre las garantías judiciales que se deben conceder en plena igualdad); 13 (a propósito de la libertad de pensamiento y expresión, en el marco de la cual se prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional); 17 (en cuanto a la protección de la familia, en que se establece que las condiciones que fijen las leyes internas para contraer matrimonio, no debe afectar el principio de no discriminación); 22 (sobre el derecho de circulación y residencia de los extranjeros, los cuales no pueden ser expulsados o devueltos a lugares en que su vida o libertad personal corran peligro a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas); 23 (sobre derechos políticos, los cuales pueden ser restringidos sólo por los criterios que allí se mencionan: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena penal); 24 (que consagra la igualdad ante la ley y que todos tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley); 25 (que garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia ante los actos que violen sus derechos fundamentales y que, por la relación con el artículo 1º. debe ser garantizado sin discriminación); y 27 (a propósito de la suspensión de garantías en los casos que menciona la norma, lo que en caso alguno puede entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social).

Es decir, se trata de una norma no autónoma que usa también la fórmula residual pero restrictiva de “*otra condición social*” y en que no se observa una definición de discriminación, la cual tampoco se encuentra en el otro texto principal de este sistema, adoptado para los llamados derechos de segunda generación, el *Protocolo de San Salvador*, adoptado el 17 de noviembre de 1988, en vigor desde el 16 de noviembre de 1999, que en su artículo 3° establece la obligación de no discriminación en el ejercicio de los derechos que se enuncian en el Pacto “...*sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

La única definición en el ámbito vinculante americano se encuentra en un acuerdo específico, la *Convención Interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad*, de 7 de junio de 1999, en vigor desde el 14 de septiembre de 2001, que en su artículo I. 2°. a) señala una definición de qué debe entenderse por discriminación en ese ámbito: “*El término discriminación contra las personas con discapacidad significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales*”.

Se ve entonces la coincidencia con las otras definiciones positivas del ámbito internacional y la inclusión tanto de la discriminación “directa” como la “indirecta”.

Vale aquí anotar, aunque sea aún una iniciativa, el Proyecto para crear una *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, sobre el que viene trabajando la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos desde el año 2000 por iniciativa de Brasil y que, de aprobarse en la forma en que lo ha sido el proyecto en análisis por los países del grupo americano, estimo se va a transformar en el tratado más moderno y completo de lucha contra la discriminación.

En el año 2000 se aprobó la Resolución AG/RES.1712 (XXX-O/00), denominada “*Elaboración de un proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*”, mediante la cual la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente que: “...*estudie la necesidad de elaborar un Proyecto de Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia, con vistas a someter este tema a la consideración del trigésimo primer período ordinario de sesiones de la Asamblea General*”.

A partir de ella, ha sido entonces la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos la que viene trabajando en el proyecto, creándose en junio de 2005 un Grupo de Trabajo encargado de elaborar el proyecto de Convención, cuyo texto fue aprobado el 18 de abril de 2006 por Resolución CP/CAJP-2357/06 y en que destaco como puntos notables la búsqueda de una definición completa

y detallada de discriminación a partir de la discusión sobre la inclusión de los nuevos criterios de distinción, como la condición de migrante, refugiado o desplazado, o la condición infectocontagiosa estigmatizada; la consagración ya no solo a partir de la fórmula conceptual sino expresamente, de las ideas de discriminación “directa” e “indirecta”, y la posibilidad de recurrir a los órganos del sistema americano, Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual será un avance sin precedente en la lucha contra la discriminación para el continente americano³⁶³.

En su última versión³⁶⁴, el Proyecto contempla una serie de definiciones, partiendo por la discriminación, que sigue más o menos los lineamientos internacionales ya fijados y en que la mayor discusión se está dando sobre los criterios que se mencionarán expresamente. Entre ellos se recogen en esta versión del proyecto el *sexo*, la *orientación sexual*, la *identidad y la expresión de género*, lo que sin duda de llegar a quedar plasmado en un texto definitivo será un enorme avance para las personas³⁶⁵.

La definición mejora ostensiblemente en la enumeración de criterios aún cuando usa la fórmula residual “*o cualquier otra condición*”, en la amplitud de las esferas en que la discriminación puede producirse y cuando incorpora la idea de no discriminación también en el reconocimiento de los derechos.

Durante la reunión de la Asamblea General de la OEA, en junio de 2009 en San Pedro de Sula en Honduras, se tomó nota de los avances logrados por el Grupo de Trabajo y se acordó seguir trabajando sobre el último proyecto aprobado y promover la participación de sectores civiles, lo cual fue en general ratificado en el marco de la reunión del año 2010³⁶⁶.

La importancia y necesidad de que este proyecto vea pronto luz como tratado está en que en los otros planos regionales no existe concepto alguno de discriminación al modo de lo que he visto en esta iniciativa del sistema americano. De este modo, si bien sería un tratado regional, puede producir el efecto “boomerang” en los intentos por mejorar los otros sistemas regionales en cuanto a la conceptualización positiva de la discriminación y sus formas.

En efecto, en el sistema europeo su texto fundamental de protección no tiene una definición de discriminación. Este texto es el *Convenio Europeo para la Salvaguarda y Protección de los*

³⁶³ Para conocer los aportes nacionales y académicos que se tuvieron en vista a la hora de adoptar el texto en la forma aprobada en el año 2006, pueden consultarse los documentos OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-15/05, de 9 de diciembre de 2005, que contiene los “Discursos y presentaciones durante la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”, celebrada en la Sede de la OEA, Washington, D.C., los días 28 y 29 de noviembre de 2005 y OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05, de 5 de diciembre de 2005, que contiene el “Informe de la Relatora de la sesión especial de reflexión y análisis sobre la naturaleza de una futura convención interamericana contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia”, celebrada como he indicado los días 28 y 29 de noviembre de 2005. Disponibles en http://www.oas.org/dil/esp/discriminacion_sesion_especial_grupo.htm (último acceso: 27 de diciembre de 2009)

³⁶⁴ Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13, de 23 de abril de 2010.

³⁶⁵ Artículo 1º.1 del Proyecto en su última versión: “*Discriminación es cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia, en cualquier ámbito de la vida pública o de la vida privada, basada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional o étnico, la nacionalidad, la edad, el sexo, la orientación sexual, la identidad y la expresión de género, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, el origen social, la posición económica, el nivel de educación, el estatus, migratorio, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, la condición infectocontagiosa o cualquier otra condición de salud mental o física estigmatizada, la característica genética, la discapacidad, la condición psíquica incapacitante, o cualquier otra condición social que tenga el objetivo o el efecto anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los estados partes*”.

³⁶⁶ Doc.OEA AG/RES. 2501 (XXXIX-O/09) y Doc. OEA AG/RES. 2606 (XL-O/10)

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, conocido también como *Convenio Europeo de Derechos Humanos* adoptado el 4 de noviembre de 1950 por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa y en vigor desde el 3 de septiembre de 1953, el cual como corresponde a la tendencia del período en que fue gestado, contempla esencialmente derechos de primera generación, es decir, civiles y políticos.

No obstante lo avanzado del texto para su época, en el mismo no se incluyó la igualdad como un derecho humano contemplando sólo una prohibición de discriminación que por años mereció varios reparos principalmente porque sólo se refiere a la no discriminación en el goce de los derechos “*reconocidos por el presente convenio*”³⁶⁷. En efecto, el artículo 14 relativo a la prohibición de discriminación indica que “*El goce de los derechos y libertades reconocidos por el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación*”.

Con el *Protocolo Adicional N° 12* al Convenio de 1950, suscrito en Estrasburgo el 4 de noviembre de 2000 y en vigor desde el 1 de abril de 2005, se intentó corregir la restricción del artículo 14 ya citado. Este Protocolo Adicional N° 12 establece una prohibición general de discriminación en el goce de toda clase de derechos: “*1. El ejercicio de cualquier derecho reconocido por la ley será asegurado sin ninguna discriminación fundada, en particular, en razón de género, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, riqueza, nacimiento o cualquier otra situación. 2. Nadie puede ser objeto de discriminación por parte de una autoridad pública, especialmente de aquellas discriminaciones fundadas en los motivos mencionados en el párrafo 1.*” Este texto viene también en su Preámbulo a salvar la omisión del CEDH al no incluir en su origen el principio de igualdad³⁶⁸, haciéndolo de manera amplia en esta parte³⁶⁹, la cual conforme se ha dicho consensualmente y se ha ratificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es obligatoria para las partes.

³⁶⁷ También el principio se recoge en otros artículos del Convenio de 1950; específicamente los artículos 3°. y 17. El primero es el que contiene la prohibición de la tortura y otros tratos inhumanos o degradantes, marco bajo el cual el trato racista podría ser un trato degradante. Así lo sostuvo, ya en la década de los setenta, la Comisión Europea de Derechos Humanos en el caso *Asiáticos de Africa Oriental con Reino Unido*, en el cual este extinto órgano declaró el 14 de diciembre de 1973, que la legislación que limitaba la admisión en el Reino Unido de ciudadanos británicos y de residentes de la Commonwealth (que eran titulares de pasaporte británico) de Africa Oriental, era discriminatoria para las personas de origen asiático por motivos de raza y determinó que ello constituía un menoscabo de su dignidad humana que equivalía a un “trato degradante”, que cabía en el significado de la expresión en el artículo 3°. El artículo 17 por su parte está destinado a prevenir los abusos contra los derechos que se prevén en el CEDH y establece que “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el Presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”. Esta norma puede entenderse como una condena tácita a la apología al odio racial o al cualquier otra forma de discriminación ya que no se ve otra norma de la cual pueda extraerse esta condena en el CEDH, lo cual si aparece expresamente condenado en el PIDCP, en su artículo 20, y en el *Pacto de San José de Costa Rica*, en el artículo 13.5.

³⁶⁸ El derecho a la igualdad en el sistema europeo quedó consagrado, en relación solo a la igualdad entre esposos, en el *Protocolo Adicional N° 7*, de 22 de noviembre de 1984, en vigor desde el 1 de noviembre de 1988, específicamente en su artículo 5° que señala: “*Los cónyuges gozarán de igualdad jurídica de derechos y obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados tomar las medidas necesarias en interés de los hijos*”.

³⁶⁹ “*Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, Teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección de la ley; Resueltos a adoptar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación*

No obstante el avance³⁷⁰, nada se dice sobre un concepto de discriminación lo cual puede deberse a que en esta parte el aporte jurisprudencial europeo es trascendente como veré en el apartado que sigue. Por lo demás, quedó establecido en la preparación de este Protocolo que el concepto de discriminación se concibe al modo que lo ha entendido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia³⁷¹.

Por cierto que otros textos relevantes del sistema europeo, como la *Carta Social Europea*, adoptada el 18 de octubre de 1961, en vigor desde el 26 de febrero de 1965 y revisada en un nuevo texto de 3 de mayo de 1996, en vigor desde el 1 de julio de 1999; su *Protocolo Adicional*, de 9 de noviembre de 1995, en vigor desde el 1 de julio de 1998, que prevee la presentación de demandas colectivas en las que se aleguen violaciones de la Carta³⁷²; el *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales*, de 1 de febrero de 1995, en vigor desde el 1 de febrero de 1998, o la *Carta Europea de las Lenguas Regionales y Minoritarias*, de 5 de noviembre de 1992, en vigor desde el 1 de marzo de 1998, tampoco han dado un concepto si bien la idea de no discriminación aparece en cada una de ellas³⁷³.

Por su parte, en el ámbito africano el texto principal que es la *Carta Africana de los derechos del hombre y de los pueblos*, adoptada por unanimidad en Nairobi, el 24 de junio de 1981,

por el *Convenio de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales*, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950...Reafirman que el principio de no discriminación no impide a los Estados Parte adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable”.

³⁷⁰ Este Protocolo surge a partir de la insuficiencia y limitaciones de la norma del artículo 14 del CEDH en comparación con normas de igualdad y no discriminación de otros instrumentos internacionales de derechos humanos, tomando fuerte impulso a partir de las reivindicaciones de igualdad entre hombre y mujer y el combate contra el racismo y la intolerancia de cuyo resurgimiento se dejó expresa constancia en 1993 comenzando entonces la tarea formal de mejorar la protección del CEDH. *Explanatory Report on Protocol N° 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/177.htm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁷¹ “The notion of discrimination has been interpreted consistently by the European Court of Human Rights in its case-law concerning article 14 of the Convention”. *Explanatory Report on Protocol N° 12* (cit) párrafo 18.

³⁷² El cumplimiento de los compromisos adquiridos por los estados europeos en virtud de estos acuerdos está sometido al control del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) ante el cual los estados deben enviar anualmente un informe en que detallan la manera en que cumplen la *Carta Social*. Una vez examinados estos informes el CEDS presenta sus conclusiones anuales. Si un Estado no toma en cuenta una decisión de no conformidad con la *Carta* que haga el Comité, el Consejo de Ministros puede hacer una recomendación al estado para que se adecue a ella. El *Protocolo* comentado permite a las organizaciones que aleguen infracciones a la *Carta* presentar reclamaciones ante el CEDS; este las estudia y si cumplen los requisitos de forma decide si procede o no; luego adopta una decisión sobre la admisibilidad de la reclamación, la que comunica a las partes y al Comité de Ministros, el cual adopta una resolución.

³⁷³ Vale decir acá - si bien no forma parte de los sistemas regionales de protección de derechos humanos - que en el *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*, adoptado en Bruselas el 13 de octubre de 2004 y que no entró en vigor por la falta de ratificación en todos los países miembros y la negativa a ello de Francia y Holanda, se contemplaba en la Parte II la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión* (recogiendo la *Carta de Derechos Fundamentales* proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000) y en su artículo II-81 la no discriminación estableciendo lo que sigue: “1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual. 2. Se prohíbe toda discriminación por razón de nacionalidad en el ámbito de aplicación de la Constitución y sin perjuicio de sus disposiciones particulares”. Como se ve, si bien no hay un concepto de qué se entiende por discriminar sí hay una clara consagración de la norma que ya venía referida como característica de la sociedad europea en relación a sus valores en el artículo I-2 y como parte de los objetivos en el artículo I-3.3 y en el artículo I-4.2. En ese sentido y dada la adhesión de la Unión Europea al *Convenio Europeo de Derechos Humanos* que se prevee debe entenderse que la discriminación se considera en la forma y con los presupuestos establecidos por el Tribunal Europeo en su jurisprudencia. Además, abona esta tesis el propio texto del Tratado en el artículo II-112.3: “En la medida en que la presente Carta contenga derechos que correspondan a derechos garantizados por el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, su sentido y alcance serán iguales a los que le confiere dicho Convenio. Esta disposición no obstará a que el Derecho de la Unión conceda una protección más extensa”. Por su parte, el *Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Unión Europea*, firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007, llamado también *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, y que persigue dejar atrás el fracaso del tratado de 2004, modificó el título de la Segunda Parte por: “No Discriminación y Ciudadanía de la Unión” manteniendo en general los avances que se habían introducido en materias de derechos fundamentales y no discriminación sobre la base de la *Carta de Niza*.

por la Asamblea de la entonces Organización de la Unidad Africana y que previamente lo había sido por la Conferencia Ministerial celebrada en Banjul, Gambia, en vigor desde el 21 de octubre de 1986, tampoco da un concepto aún cuando un gran aporte es la consagración en el artículo 28 del “deber de no discriminar”, lo que es toda una novedad dentro del Derecho Internacional de los Derechos Humanos más preocupado siempre de los derechos que de los deberes.

Otros instrumentos de este grupo continental son el ya mencionado *Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer*, de 11 de julio de 2003, en vigor desde el 26 de octubre de 2005 (conocido como *Protocolo de Maputo*) y la *Carta Africana de los Derechos y del Bienestar del Niños*, de 11 de julio de 1990, en vigor desde el 29 de noviembre de 1999.

En el primero de ellos se encuentra una definición en su artículo 1.f, que en su versión original en inglés indica que: “*discrimination against women means any distinction, exclusion or restriction or any differential treatment based on sex and whose objectives or effects compromise or destroy the recognition, enjoyment or the exercise by women, regardless of their material status, of human rights and fundamental freedoms in all spheres of life*”. Se trata de una definición breve pero que reconduce a los elementos dichos.

Comparándola con la definición universal de discriminación contra la mujer se ve que se usan los mismos verbos “distinción, exclusión o restricción” ; que refiere tanto a las prácticas que tienen por fin como a aquellas que por resultado dan una discriminación también en el “*reconocimiento, goce o ejercicio*” (discriminación “directa” e “indirecta”); pero que no incluye la frase sobre la igualdad entre hombre y mujer ni especifica las esferas en que la discriminación se produce usando en ese punto una fórmula que es breve pero amplia.

3.3. La construcción jurisprudencial internacional del concepto de Discriminación.

En el marco de la labor jurisprudencial para delimitar el concepto de discriminación pese a que este trabajo se hace desde el punto de vista del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y consecuente con ello sólo analizo los sistemas formales de protección, no puedo omitir, aunque sea someramente, la labor de la Corte Internacional de Justicia, razón por la cual dividiré este apartado en dos partes destinando la primera a un par de consideraciones sobre la jurisprudencia de este órgano principal del sistema de vocación universal.

3.3.1. La labor de la Corte Internacional de Justicia.

En los 146 casos que han llegado a este tribunal hasta mayo de 2010³⁷⁴ y en las 24 Opiniones Consultivas emitidas a la misma fecha³⁷⁵ a petición de organismos internacionales sobre la base del artículo 65.1 del *Estatuto de la Corte* (ECIJ), hay pocas referencias de la CIJ en cuestiones de derechos humanos.

Esto no debe provocar sorpresas. Si bien tiene una amplia base competencial según la Carta y su Estatuto, no hay que perder de vista que quienes pueden promover casos ante ella son los Estados, por el artículo 34.1 del ECIJ, y las organizaciones internacionales para efectos de pedir Opiniones Consultivas, por el artículo 65.1 del ECIJ, de modo que por el clásico juego entre soberanía y derechos humanos y la distribución del poder en el sistema internacional, serán pocas las cuestiones de este tipo que llegarán al principal tribunal de La Haya.

Sin embargo, la propia Corte se ha ido haciendo “el espacio” - si se me permite el uso de esta expresión - para pronunciarse sobre cuestiones de derechos humanos, en virtud de la relación que debe existir entre los principios y normas generales del Derecho Internacional y las del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En efecto, en varios casos que han llegado a ella, sea por la vía contenciosa o por la vía consultiva, se tratan cuestiones que en último término afectan a individuos y/o grupos, ante lo cual el pronunciamiento de la Corte recae en definitiva sobre su situación más que sobre la de los Estados u organismos internacionales que promueven su acción³⁷⁶.

³⁷⁴ Fuente: Página Oficial de la CIJ. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

³⁷⁵ Fuente: Página Oficial de la CIJ. <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

³⁷⁶ Entre los casos relevantes para la doctrina de los Derechos Humanos me permito citar, a título ejemplar y en orden cronológico, los siguientes: el *caso del Estrecho de Corfú* (Sentencia de 1949 en que habló de consideraciones humanitarias para establecer la responsabilidad de Albania por las explosiones de minas en el mar); el *Asunto de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía* (Opinión Consultiva de 1950 en que afirmó que la obligación estatal de respetar los derechos humanos, sin discriminación alguna, surge de la relación de los artículos 55 y 56 de la Carta); el *Asunto sobre las Reservas a la Convención sobre genocidio* (Opinión Consultiva de 1951 en que anticipó la idea de obligaciones *erga omnes* estableciendo que atendida su naturaleza y el fin perseguido había límites a las reservas y a las objeciones a ellas en el marco de esta Convención); los *Casos del Sudoeste Africano*, entre Etiopía y Liberia con Sudáfrica (Sentencia de 1966 y Opinión Consultiva de 1971 en que se refirió al régimen del apartheid seguido por el demandado); el *caso de la Barcelona Traction* (Sentencia de 1970 en que en un *obiter dictum*, famoso ya en Derecho Internacional, sienta la idea de obligaciones *erga omnes*); el *Asunto del Sahara Occidental* (Opinión Consultiva de 1975 en que se refiere al principio de autodeterminación del pueblo saharauí); el *Asunto del Personal Diplomático y Consular de EE.UU. en Teherán* (Sentencia de 1980 en que reconoció que la Carta impone a los Estados obligaciones jurídicas vinculantes en materia de derechos humanos y atribuyó valor a la Declaración Universal); el *caso de las Actividades Militares y Paramilitares de EE.UU. en y contra Nicaragua* (Sentencia de 1986 en que declaró contrarias a Derecho Internacional las prácticas de EE.UU. en relación a ayuda humanitaria a la población); el *Caso de Timor Oriental* (Sentencia de 1995 en que el gran tema de fondo era el principio de autodeterminación del pueblo timorense pero que no se llegó a fallar en cuanto al fondo); el *Asunto sobre la Licitud de la amenaza o empleo de las armas nucleares* (Opinión Consultiva de 1996 en que concluyó que el uso de armas nucleares será generalmente contrario a Derecho Internacional Humanitario); el *Asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio* (Sentencia de 1996 en que reconoció que las obligaciones que contraen los Estados en virtud de los convenios sobre derechos humanos no son sólo en interés de los contratantes sino que persiguen un interés común y superior); el *Caso LaGrand* entre República Federal de Alemania y Estados Unidos (Sentencia de 2001 en que se refirió al derecho a asistencia consular que asiste a todo nacional); el *Caso Avena y otros nacionales mexicanos*, México contra Estados Unidos (Sentencia de 2001 en que estableció que el derecho de comunicación y de visita del artículo 36 del Convenio de Relaciones Consulares de 1963 es un derecho individual que puede ser invocado por el Estado del que es nacional ante el tribunal); el *Asunto sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado* (Opinión Consultiva de 2004 en que estableció que la construcción del muro contravenía el Derecho Internacional, con referencias al derecho de autodeterminación del pueblo palestino y el necesario respeto del Derecho Internacional Humanitario) y el recientemente fallado *Asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio*, entre Bosnia Herzegovina y Serbia Montenegro (Sentencia de 27 de febrero de 2007 en que señaló que hubo genocidio en la matanza de Srebrenica en julio de 1995).

Por su trascendencia para la vida de la norma de no discriminación en Derecho Internacional de los Derechos Humanos me referiré, brevemente por cierto atendido el objeto central de este estudio, a tres de estos pronunciamientos: a la Opinión Consultiva en el *Asunto de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*³⁷⁷; al recaído en el asunto de la *Barcelona Traction*³⁷⁸ y a los casos del *Sudoeste Africano*³⁷⁹.

La Opinión Consultiva en el *Asunto de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía*, de 30 de marzo de 1950, tuvo su origen en una consulta formulada por la Asamblea General a partir de las acusaciones que pesaban sobre Bulgaria, Hungría y Rumania por violaciones de derechos humanos y de los tratados de paz suscritos con las potencias aliadas que suponían un mecanismo de solución de controversias. En esta consulta, el órgano plenario de Naciones Unidas quería el pronunciamiento de la Corte sobre la aplicabilidad del mecanismo creado en los tratados a partir de la formación de ciertas comisiones y la eventual intervención del Secretario General en la designación de los integrantes de estas comisiones. En su pronunciamiento sobre la procedencia de este mecanismo previsto en los acuerdos, en lo que interesa a esta parte de la investigación la Corte afirmó que la obligación de respetar los derechos humanos, sin discriminación alguna, surge de una disposición expresa de la *Carta de Naciones Unidas*, el artículo 55 que, vale recordar acá, establece que la Organización debe promover el respeto universal de los derechos humanos, sin discriminaciones y de manera efectiva, lo cual marcó una base jurídica fuerte en una época en que no existían casi instrumentos vinculantes sobre derechos humanos, especialmente por la relación que se debe hacer entre este artículo y el 56 que señala el compromiso de los estados de tomar medidas para cumplir esos propósitos del artículo 55.

El llamado *Asunto de la Barcelona Traction* tuvo su origen en una demanda presentada ante la Corte por Bélgica quien alegaba que los órganos judiciales y administrativos españoles habían cometido actos internacionalmente ilícitos. La sociedad Barcelona Traction, Light and Power Co. Ltd. fue fundada en Canadá en 1911 pero funcionaba a través de filiales en Cataluña, España. En el año 1948 los tribunales españoles declararon la quiebra de la empresa a petición de una serie de acreedores impagos en sus créditos. Frente a ello, los gobiernos de Canadá, Gran Bretaña y Bélgica trataron de ejercer la protección diplomática ante el gobierno español argumentando que habían intereses de sus nacionales vinculados a la sociedad declarada en quiebra. En lo que concierne a este trabajo, en su sentencia la Corte distinguió entre las obligaciones que tienen los estados respecto a otro en el marco de la protección diplomática y aquellas que un estado tiene respecto de la comunidad internacional en su conjunto. En relación a estas últimas se refirió en un *obiter dictum* a la existencia en Derecho Internacional Contemporáneo de obligaciones *erga omnes*, sosteniendo

³⁷⁷ Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&k=8b&case=8&code=bhr&p3=4> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

³⁷⁸ Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&k=1a&case=50&code=bt2&p3=4> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

³⁷⁹ Disponibles en <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=lsa&case=47&k=f2>, <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=3&code=esa&case=46&k=cl> y <http://www.icj-cij.org/docket/index.php?p1=3&p2=4&code=nam&case=53&k=a7> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

que estas obligaciones derivan, por ejemplo, de la prohibición de los actos de agresión y del genocidio, así como de los principios y reglas relativos a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial. De ahí en adelante la no discriminación está configurada sin lugar a dudas como una obligación *erga omnes* y aún más para algunos, como una obligación de *ius cogens* con los fundamentos que explicaré luego al analizar las normas de no discriminación.

El tercer caso que he seleccionado por su relevancia para el tema de la discriminación está constituido tanto por una sentencia como por una Opinión Consultiva que se conocen en general como *Casos del Sudoeste Africano* y que sin duda son los pronunciamientos más relevantes de la Corte Internacional en torno a la no discriminación. El caso contencioso tuvo su origen en dos demandas presentadas en contra de la República de Sudáfrica en el año 1960 ante la Corte Internacional de Justicia por Etiopía y Liberia (únicos estados africanos miembros de la Sociedad de las Naciones), con el fin de obtener una condena de este tribunal internacional al régimen del *apartheid* en el estado demandado. Como fundamento a su pretensión los actores invocaron el artículo 22 del Convenio de la Liga de las Naciones por el que se estableció un Mandato sobre el Sudoeste Africano y que, en su criterio, continuaba vigente como obligación para Sudáfrica pese a la extinción del organismo internacional bajo cuyo amparo se había creado. En su calidad de mandataria, invocaron los actores, Sudáfrica estaba aún obligada a cuidar el bienestar y desarrollo de los pueblos que no podían erguirse por sí solos y procurar el bienestar material y moral y el progreso de los habitantes de esas zonas. De esta manera, las prácticas de segregación consistentes en la discriminación en los derechos y obligaciones de los habitantes por raza, color, origen nacional o tribal, (que constituía el régimen de *apartheid*) eran una violación de obligaciones internacionales y deberían cesar inmediatamente. La defensa sudafricana básicamente estuvo en la tesis de que estas prácticas no eran discriminatorias sino que constituían una clase de medida diferenciadora que estaba permitida, como sería por ejemplo, mantener baños públicos para mujeres y baños públicos para hombres. La demanda de Etiopía y Liberia no fue resuelta en definitiva por la CIJ pues esta estimó en un fallo de 18 de julio de 1966, que la casi unanimidad de la doctrina internacionalista y de derechos humanos critica, que no existía derecho o algún interés jurídico por parte de los actores. El fallo fue sumamente dividido (7 votos a favor y 7 en contra) y se decidió por el voto en contra del Presidente (“voto de calidad”), Sir Percy Spender.

Sin embargo de esta sentencia y su fuerte impacto en la opinión internacional, frente a ella se encuentra la opinión disidente individual de cada uno de los 7 jueces que votaron a favor, entre los cuales he de destacar la del juez Tanaka por referirse expresamente y por primera vez en forma clara en la jurisprudencia internacional, a la idea de no discriminación y al principio de igualdad que está llamada a asegurar. Dijo en esencia el juez Tanaka que la discriminación se daba cuando en la diferenciación había falta de racionalidad, lógica bajo la cual todo trato diferente basado en la raza es arbitrario y se opone a la igualdad, calificando así a la práctica del *apartheid* como

“fundamentalmente no razonable e injusta”. En su opinión también se refirió a la eventual necesidad de tratar de manera diferente a situaciones que no lo son, adoptando medidas al efecto, como en el caso de las minorías³⁸⁰.

En relación a la Opinión Consultiva de la Corte, de 21 de junio de 1971, sobre Consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Africa del Sur en Namibia (Sudoeste Africano), pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad, arranca su origen también en las prácticas discriminatorias del sur africano. Hacia 1966 la situación en Namibia (llamada así por Naciones Unidas en el año 1968 y que corresponde al Sudoeste Africano) se hizo insostenible al interior del continente africano y frente a la comunidad internacional. En octubre de ese año la Asamblea General dictó la Resolución 2145 (XXI) por la cual revocaba el Mandato sudafricano y declaró el territorio responsabilidad de la ONU. El Consejo de Seguridad se hizo parte en la cuestión aprobando las decisiones de la AGNU a través de las resoluciones 264 (1969) y 269 (1969) y en la 276 (1970), confirmó la ilegalidad de la presencia sudafricana en Namibia. Ese mismo año, 1970, decidió solicitar una Opinión Consultiva a la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de Africa del Sur en Namibia (Sudoeste Africano), pese a la Resolución 276 (1970) del Consejo de Seguridad. Esta OC fue emitida el 21 de junio de 1971 y en ella al parecer la Corte quiso “revertir” de alguna manera el error cometido en su decisión de 1966 y que le costó innumerables críticas y un cierto rechazo y falta de fe en su labor por parte de los países en desarrollo, especialmente aquellos surgidos del proceso descolonizador africano. Reafirmó la revocación del mandato efectuado por la AGNU (y dijo que pese a la disolución de la Liga de las Naciones la obligación había subsistido para el Estado infractor hasta la revocación efectuada por la AGNU); declaró por tanto que la presencia de Sudáfrica en el territorio era ilegal; que debía retirar su administración y acabar con su ocupación; y que los Estados miembros debían abstenerse de brindar cualquier apoyo o asistencia a Sudáfrica en Namibia, declarando esta obligación como *erga omnes*, por lo tanto oponible a todos los estados incluso los no miembros de Naciones Unidas dada la ilegalidad de los hechos y la violación de derecho internacional que se había declarado. En un hito relevante para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la construcción del concepto de discriminación, dijo la Corte: “*It is undisputed that the official governmental policy pursued by South Africa in Namibia is to achieve a complete physical separation of race and ethnics groups. This means of enforcement of distinctions, exclusions, restrictions and limitations exclusively based on grounds of race, colour, descent or national or ethnic origin which constitute a denial of fundamental human rights. This the Court views as a flagrant violation of the purposes and principles of the Charter of the United Nations*”. Nada dijo en esta oportunidad la Corte sobre violación a la *Declaración Universal de Derechos Humanos* lo cual fue fuertemente criticado por el Vicepresidente de la Corte, el juez Ammoun, en

³⁸⁰ Disponible en <http://www.icj-cij.org/docket/files/47/4969.pdf> (último acceso: 2 de mayo de 2010)

una opinión individual en que señaló que debía reconocerse el valor consuetudinario de la Declaración en materia de prácticas sobre discriminación racial.

Como puede apreciarse entonces tras este breve análisis, estos tres pronunciamientos jurisdiccionales son especialmente relevantes en el ámbito de los derechos humanos y la no discriminación, cobrando relevancia a la hora de pensar en la norma de no discriminación y su “calidad” o “jerarquía” en cuanto norma positiva de derecho internacional.

3.3.2. La labor de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos.

En esta parte me referiré a los aportes de los tribunales internacionales con competencia específica en materia de derechos humanos que a partir de algunos pronunciamientos han contribuido a la comprensión y conceptualización de la idea de discriminación³⁸¹. Hago presente que iré sólo a aquellos aportes jurisprudenciales que ayudan a este objeto y en la parte respectiva; evidentemente no corresponde acá hacer un análisis de la jurisprudencia internacional en materia de discriminación en el goce y ejercicio de algunos derechos a partir de ciertos criterios de diferenciación, materia a la cual iré en el capítulo pertinente a propósito por cierto de la *identidad de género* y la *orientación sexual*.

Precisada la cuestión anterior, debo señalar que el análisis del tema no puede comenzar sino por el famoso fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de julio de 1968, en el caso conocido como *Ciertos Aspectos del régimen lingüístico belga*, que incorporó el tema de la razonabilidad y objetividad y la relación de proporcionalidad a la hora de determinar si una conducta es discriminatoria o no.

En lo que interesa dice el fallo europeo³⁸²: “10. A pesar de la formulación muy general de su versión francesa “*sans distinction aucune*” (sin distinción alguna), el artículo 14 no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos. Esta versión debe leerse a la luz del texto, más restringido, de la versión inglesa “*without discrimination*” (sin discriminación). Además, y sobre todo, se llegaría a resultados absurdos si se diese al artículo 14 una interpretación tan amplia como la que su versión francesa parece implicar. Se llegaría así a considerar contrarias al Convenio cada una de las numerosas disposiciones legales o reglamentarias que no aseguran a todos una completa igualdad de trato en el goce de los derechos y libertades reconocidos. Ahora bien, las autoridades nacionales competentes se ven a menudo frente a situaciones o problemas cuya diversidad reclama soluciones jurídicas distintas; ciertas

³⁸¹ Por cierto me referiré sólo a los tribunales de derechos humanos europeo y americano. Si bien el Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos comenzó su existencia legal el 2 de febrero de 2004 con la entrada en vigencia del Protocolo que lo crea, hasta la fecha ni los Estados partes ni la UA han hecho nada para ponerlo a funcionar.

³⁸² Caso “*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium*” con Bélgica (Application N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64), de 23 de Julio de 1968. Disponible desde <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (último acceso: 7 de enero de 2011)

desigualdades de derecho, además, no tienden sino a corregir desigualdades de hecho. En consecuencia, la interpretación extensiva arriba citada no puede adoptarse.

Importa, por tanto, buscar los criterios que permitan determinar si una diferencia de trato dada, relativa, por supuesto, al ejercicio de uno de los derechos y libertades reconocidas, contraviene o no el artículo 14. A este respecto, el Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos, considera que la igualdad de trato queda violada cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas. Una diferencia de trato en el ejercicio de un derecho consagrado por el Convenio no sólo debe perseguir una finalidad legítima: el artículo 14 se ve también violado cuando resulta claramente que no existe una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.

Al indagar si, en un caso determinado, ha habido o no distinción arbitraria, el Tribunal no puede ignorar los datos de hecho y de derecho que caractericen la vida de la sociedad en el Estado que, en calidad de Parte Contratante, responde de la medida impugnada. Al proceder así, no ha de sustituirse a las autoridades nacionales competentes, con olvido del carácter subsidiario del mecanismo internacional de garantía colectiva instaurado por el Convenio. Las autoridades nacionales siguen siendo libres de elegir las medidas que estimen apropiadas en las materias regidas por el Convenio. El control del Tribunal no se refiere sino a la conformidad de estas medidas con las exigencias del Convenio".

Lo que aporta el fallo en el tema en estudio en esta parte es la comprensión sobre los criterios para entender cuando una diferencia normativa de trato constituye discriminación o cuando se trata de una distinción en el trato legítima y por tanto permitida. De ahí que, por su trascendencia, me he permitido la transcripción.

Estos criterios los deduce el Tribunal europeo de la práctica judicial de gran número de países democráticos y serían los siguientes: de los hechos debe desprenderse manifiestamente un trato diferente; el trato diferente no tiene un fin legítimo, o sea, carece de una justificación objetiva y razonable, teniendo presente el objeto y efectos de la medida de que se trate, y no hay relación de proporcionalidad razonable entre el medio utilizado y el fin perseguido.

En otras palabras, de lo que se trata es que la desigualdad debe basarse en una justificación objetiva y razonable, esto es, debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima y dicha justificación debe ser apreciada mediante un examen de la razonabilidad y objetividad, conforme a criterios y juicios de valor generalmente aceptados, de la relación de proporcionalidad, que se exige lógica, entre los medios empleados y los fines y efectos perseguidos por la diferenciación normativa de trato.

A estos requisitos debe agregarse como complementario según Estrasburgo el que se llama “requisito de la situación previa comparable” que supone que quien alega la violación del artículo 14 debe estar en una situación análoga o comparable con la de quienes disfrutaban de mejor protección en el ejercicio del mismo derecho, situación fáctica que por cierto es muy difícil de precisar a la hora de resolver en cada caso³⁸³.

El tema pasa entonces como antes anuncié, en la determinación de cuando una distinción tiene una justificación objetiva y razonable para lo cual el Tribunal viene desarrollando la teoría llamada del “margen de apreciación nacional” que sin basamento en el CEDH o en el Estatuto del Consejo de Europa en los hechos viene a oponerse al principio de integración funcional de los derechos que sí tiene base en esos textos.

Como indica García Roca “La justificación racional de esta doctrina parece no ser otra que la disparidad cultural de las diversas comunidades nacionales. Su fundamento jurídico estaría en el **principio de subsidiariedad**, una distribución de poderes que es inherente a la protección internacional y que el Convenio Europeo asume al conceder el primer lugar a los Estados miembros en la garantía de los derechos;...”³⁸⁴ (el destacado es del autor).

Por medio de esta teoría, el sentenciador entiende cuando se trata de la interpretación de ciertos derechos en que están en juego ciertos bienes como la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás, que quien está mejor posicionado para dotar de contenido al derecho es el propio estado, aún cuando este margen de apreciación es distinto según cada estado y finalmente quien decide es el propio Tribunal.

En fallos posteriores ha mantenido su criterio a la hora de entender configurada una discriminación cuando la distinción que se formula carece de justificación objetiva y razonable constituyéndose en una jurisprudencia clave a la hora de entender e invocar la no discriminación en sede jurisdiccional³⁸⁵.

En el ámbito americano en tanto, el importante desarrollo normativo en relación a la no discriminación se ha ido perfilando a partir del trabajo de los dos órganos que integran el sistema: la Comisión Interamericana y la Corte Interamericana. Si bien la primera no es un tribunal, la incluyo acá por la trascendencia de su labor.

³⁸³ Véase Carmona, E., “La prohibición de Discriminación (Art. 14 CEDH y Protocolo 12)”; en García, J.; Santolaya, P. (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 678-679.

³⁸⁴ García, J., “El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo”, en García, J.; Santolaya, P. (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (cit.) p.36.

³⁸⁵ En tal sentido se encuentran, entre otras, las Sentencia de 13 de junio de 1979, dictada en el *Caso Marckx contra Bélgica* (Application N° 6833/74); la Sentencia de 28 de diciembre de 1984, dictada en el *Caso Rasmussen contra Dinamarca* (Application N° 8777/79); la Sentencia de 21 de febrero de 1986, dictada en el *Caso James y otros con Reino Unido* (Application N° 8793/79); la sentencia de 18 de julio de 1994, dictada en el *Caso Karlheinz Schmidt contra Alemania* (Application N° 13580/88) y la sentencia de 26 de febrero de 2002, dictada en el *Caso Frette con Francia* (Application N° 36515/97), todas las cuales reiteran la doctrina del *Caso lingüístico belga* sobre la justificación objetiva y razonable y la proporcionalidad entre los medios que se emplean y los fines perseguidos por la distinción que se cuestiona. Sentencias disponibles en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>. (último acceso: 7 de enero de 2011)

Considerando que no existe tampoco en el principal texto americano un concepto de discriminación, ha sido básicamente por la vía de su relación con la norma de la igualdad consagrada en el artículo 24 por donde se ha gestado un interesante trabajo jurisprudencial, muy en la línea de los criterios fijados en el año 1968 por Estrasburgo.

Efectivamente, las ideas de la objetividad y razonabilidad como parte de la justificación en la diferenciación han sido ratificadas por ambos órganos del sistema americano³⁸⁶.

El gran aporte en todo caso ha provenido en esta materia de las Opiniones Consultivas que ha emitido la Corte en virtud de lo permitido en el artículo 64 del *Pacto de San José de Costa Rica*, las cuales en varios casos han sido luego citadas por la misma Corte en los fallos dictados en el ejercicio de su competencia contenciosa.

Una de las principales para el tema que ocupa este trabajo ha sido la Opinión Consultiva N° 4, de 19 de enero de 1984³⁸⁷, emitida a propósito del llamado *Caso de la naturalización en Costa Rica* promovida a partir de la consulta de ese país acerca de la compatibilidad de ciertas reformas constitucionales sobre nacionalidad con el artículo 20 del *Pacto de San José de Costa Rica* y la discriminación que la citada norma prohíbe³⁸⁸. En la IV parte de esta Opinión se refiere a cuestiones en torno a la discriminación y se hace eco de su par europeo y de su doctrina del “margen de apreciación nacional” aún cuando lo llama de modo diverso cuando refiere a la facultad reconocida al estado de Costa Rica para determinar los requisitos y modos para otorgar su nacionalidad³⁸⁹. Ahora bien, en lo que toca a la precisión de la idea de discriminación, a partir de la idea de la igualdad entre seres humanos que deriva de la naturaleza del género humano “*y es inseparable de la*

³⁸⁶ Al efecto ha dicho la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: “*La igualdad ante la ley establece la imposibilidad de que los Estados partes de la Convención den un tratamiento distinto o desigual a sus ciudadanos antes situaciones equivalentes. Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados no puedan establecer diferencias en el trato de determinadas situaciones, pues no todas las diferencias están prohibidas. Sólo cuando la diferencias de tratamiento carece de justificación objetiva y razonable, estaremos en presencia de una vulneración del artículo 24 de la Convención De tal forma que los Estados pueden establecer diferencias en forma justa y razonable frente a situaciones diferenciadas, y categorizar determinados grupos de individuos, siempre que se persiga un fin legítimo y que la clasificación guarde una razonable relación con la finalidad perseguida por la ley. De allí, como ejemplo, no puede decirse que el Estado discrimina entre sus ciudadanos cuando establece un límite mínimo de edad para otorgar licencias de conducir, pues está persiguiendo un fin legítimo (seguridad de tránsito) y la diferenciación está relacionada con la finalidad perseguida*”. Informe Número 48/98, caso 11.403, Carlos Alberto Marín Ramírez vs Colombia, 29 de septiembre de 1998. Disponible en <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/Fondo/Colombia%2011.403.htm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁸⁷ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁸⁸ Dice el artículo 20 del Pacto de San José de Costa Rica: “1. Toda persona tiene derecho a una nacionalidad. 2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra. 3. A nadie se privará arbitrariamente de su nacionalidad ni del derecho a cambiarla”.

³⁸⁹ “59. En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente. En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense. 60. A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar.”

dignidad esencial de la persona” señala que “No es admisible crear diferencias de tratamiento entre seres humanos que no se correspondan con su única e idéntica naturaleza”.

Como indico, la Corte americana recuerda a la Europea de Derechos Humanos cuando definió que una distinción sólo es discriminatoria cuando carece de justificación objetiva y razonable precisando que *“ Sin embargo, por lo mismo que la igualdad y la no discriminación se desprenden de la idea de unidad de dignidad y naturaleza de la persona es preciso concluir que no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana. Existen, en efecto, ciertas desigualdades de hecho que legítimamente pueden traducirse en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que tales situaciones contraríen la justicia. Por el contrario, pueden ser un vehículo para realizarla o para proteger a quienes aparezcan como jurídicamente débiles. Mal podría, por ejemplo, verse una discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”.*

“No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. Si bien no puede desconocerse que las circunstancias de hecho pueden hacer más o menos difícil apreciar si se está o no en presencia de una situación como la descrita en el párrafo anterior, es también cierto que, partiendo de la base de la esencial unidad de la dignidad del ser humano, es posible apreciar circunstancias en que los imperativos del bien común puedan justificar un mayor o menor grado de distinciones que no se aparten de las consideraciones precedentes. Se trata de valores que adquieren dimensiones concretas a la luz de la realidad en que están llamados a materializarse y que dejan un cierto margen de apreciación para la expresión que deben asumir en cada caso”.

En el voto separado del juez Rodolfo Piza se encuentra un interesante aporte a la idea de discriminación a partir de la construcción de tres criterios básicos que en su caso deben analizarse para poder calificar una distinción legítima de una discriminación. Por su claridad me parece acá oportuno mencionarlos desde las palabras del autor. El juez Piza habla de los criterios de razonabilidad, *“en función de la naturaleza y fin del derecho o institución que califique”*; de proporcionalidad, *“en relación con los principios y valores entrañados en la totalidad del ordenamiento al que ese derecho o institución pertenezca”*; y de adecuación *“a las circunstancias -*

históricas, políticas, económicas, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la sociedad en que opera”³⁹⁰.

En la Opinión Consultiva N° 17, de 28 de agosto de 2002³⁹¹, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño*, formulada a petición de la Comisión, la Corte ratifica su idea sobre la igualdad y las diferenciaciones que no constituyen discriminación en la forma que lo manifestara en la Opinión Consultiva N° 4, entendiendo que en el caso de los niños y las condiciones en que se encuentran sí es justificable algún tipo de medida diferenciada.

Por último, la Opinión Consultiva N° 18, de 17 de septiembre de 2003³⁹², emitida a propósito de la consulta mexicana sobre la *Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados*, constituye un gran aporte no sólo por el trabajo conceptual en la delimitación de lo que es una “distinción” y lo que es una “discriminación”, tema ya analizado antes, sino también por cuanto califica a los principios de igualdad y no discriminación como de “*ius cogens*”, con lo cual aspira a transformarlos en normas de obligado cumplimiento para todos los miembros de la sociedad internacional y por cuanto introduce cambios en los criterios de discriminación reconocidos como tales. En efecto, en el párrafo 101 señala: “...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, **pertenece al jus cogens**, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de **género**, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o **cualquier otra condición**. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de

³⁹⁰ “De acuerdo con el criterio de “razonabilidad”, una distinción, por alguno de los motivos enumerados en el artículo 1.1 de la Convención o de los similares implicados en él, sería discriminatoria y, por ende, ilegítima, cuando fuere contraria a los principios de la recta razón, de la justicia y del bien común, aplicados razonablemente a la norma o conducta correspondiente, en función de la naturaleza y fines del derecho o institución a que esa norma o conducta se refieren. La calificación de esos criterios de razonabilidad en cada caso concreto, es tarea de determinación que debe hacerse al interpretar y aplicar el derecho, utilizando, eso sí, mecanismos lo más objetivos posibles, ajustados a aquellos principios.

De acuerdo con el criterio de “proporcionalidad”, una distinción, aún siendo razonable en función de la naturaleza y fines del derecho o institución específicos de que se trate, sería discriminatoria si no se adecua a la posición lógica de ese derecho o institución en la unidad de la totalidad del ordenamiento jurídico correspondiente, es decir, si no encaja armónicamente en el sistema de principios y valores que caracterizan objetivamente ese ordenamiento como un todo. De este modo, una distinción razonable en materia de concesión de la nacionalidad, que podría justificarse objetivamente de conformidad con la naturaleza y fines de esa concreta institución, podría siempre ser discriminatoria y, por ende, ilegítima, si, examinada a la luz de los principios y valores de la Convención como un todo, resultara contradictoria con los mismos, como ocurriría, por ejemplo, si se fundara en criterios de discriminación racial, porque éstos están repudiados de una manera absoluta por el Derecho Internacional. Finalmente, de acuerdo con el criterio de “adecuación”, una distinción, aun razonable y proporcionada con base en los razonamientos de los dos párrafos anteriores, todavía puede resultar discriminatoria e ilegítima con vista de las circunstancias relativas - históricas, políticas, económicas, sociales, culturales, espirituales, ideológicas, etc.- de la concreta sociedad en que las normas o conductas cuestionadas se producen o producen sus efectos. En este sentido es posible que unas determinadas limitaciones o preferencias, por ejemplo, por razones de nivel educativo, razonables, proporcionadas y justificables en una sociedad desarrollada en ese campo, podrían resultar inaceptables en una con un alto grado de analfabetismo: obviamente, a la luz de los principios democráticos no podría calificarse igual la exigencia de saber leer y escribir para poder elegir o ser electo, en una sociedad en que la gran mayoría de la población es analfabeta, que en una en que no lo es”.

³⁹¹ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁹² Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*” (los destacados son míos). Como se aprecia, la Corte acá incluyó nuevos motivos de discriminación a los que recoge el artículo 1.1 del *Pacto de San José*, y modificó otros, como la referencia a *género* en vez de *sexo*, lo que bien puede entenderse en un buen sentido o bien en un sentido que lleva a poner de manifiesto la confusión entre ambas nociones que se puede apreciar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y a la que me referiré en capítulos posteriores; y además suprimió el apellido de “social” a la cláusula residual de considerar prohibidas las discriminaciones por “cualquier otra condición social”, fórmula de ampliación con la que no puedo más que estar de acuerdo³⁹³. Si bien la Corte no da fundamento en su Opinión Consultiva para estos cambios, entiendo que habría que buscar estos en la propia vida de su jurisprudencia y en la sola idea de considerar la no discriminación como una norma de *ius cogens*, no obstante lo cual, la necesidad de justificar la distinción siempre aparecerá necesaria en el caso a caso.

En el ámbito de las sentencias emitidas por la Corte Interamericana, son especialmente importantes para el tema de la discriminación la Sentencia en el *Caso Hilarie, Constantine y Benjamin contra Trinidad y Tobago*, de 21 de junio de 2002³⁹⁴ y la Sentencia en el *Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005³⁹⁵.

El primer caso es relevante porque vincula el derecho al debido proceso con la no discriminación. Remitiéndose a la Opinión Consultiva N° 16, de 1 de octubre de 1999³⁹⁶, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* dijo que “para que exista ‘debido proceso legal’ es preciso que un justiciable pueda hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”. En esa Opinión Consultiva la Corte dispuso que “para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”.

³⁹³ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

³⁹⁴ *Caso Hilarie, Constantine, Benjamin y Otros contra Trinidad y Tobago*, Serie C N° 94. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁹⁵ *Caso de las Niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, Serie C N° 130. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

³⁹⁶ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

El *Caso de las niñas Yean y Bosico contra República Dominicana*, es particularmente relevante por la vinculación que se hace de temas como la protección del derecho a la nacionalidad, la igualdad ante la ley y la no discriminación, la protección judicial, el debido proceso y los derechos de los niños, a partir de este caso sobre niñas haitianas a las que se les niegan ciertos derechos en República Dominicana por carecer de nacionalidad e impedir que llegaran a obtenerla por ser de ascendencia haitiana. La Corte dijo en su fallo que “...considera que la situación de extrema vulnerabilidad en que el Estado colocó a las niñas Yean y Bosico, en razón de la denegación de su derecho a la nacionalidad por razones discriminatorias, así como la imposibilidad de recibir protección del Estado y de acceder a los beneficios de que eran titulares, y finalmente por vivir bajo el temor fundado de que fuesen expulsadas del Estado del cual eran nacionales y ser separadas de su familia por la falta del acta de nacimiento, la República Dominicana incumplió con su obligación de garantizar los derechos consagrados en la Convención Americana, la cual implica no sólo que el Estado debe respetarlos (obligación negativa), sino que, además, debe adoptar todas las medidas apropiadas para garantizarlos (obligación positiva)”³⁹⁷.

Así las cosas y vistos los distintos pronunciamientos que he explicado en este apartado, resulta indudable que el aporte de los tribunales especializados en derechos humanos es clave a la hora de conceptualizar la discriminación y, considerando lo que dispone el artículo 38, letra d), del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* este tribunal internacional puede considerar estas decisiones judiciales como medio auxiliar para determinar el contenido del derecho y, por esa vía, contribuir a crear una jurisprudencia internacional que sea uniforme en la condena a toda práctica de distinción que sea en sí discriminatoria.

³⁹⁷ Otras sentencias en que existen pronunciamientos relevantes de la Corte Interamericana en relación a la no discriminación son las dictadas en el *Caso 19 comerciantes con Colombia*, Serie C N° 109, de 5 de julio de 2004 (en el párrafo 153); en el *Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri con Perú*, Serie C N° 110, de 8 de julio de 2004 (párrafo 129) y en el *Caso Instituto de Reeducación del menor con Paraguay*, Serie C N° 112, de 2 de septiembre de 2004 (en el párrafo 158). Su aporte en todo caso es más relevante en relación a la idea de las obligaciones positivas que deben adoptar los estados. Disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011) Además, en el fallo del *Caso González y Otras (Campo Algodonero) con México*, Serie C N° 205, de 16 de noviembre de 2009 se toma a la discriminación contra la mujer como un tema relevante a la hora de sancionar al estado (párrafo 164). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011). También hay un interesante trabajo en esta línea a partir de las decisiones de la Comisión Interamericana. En tal sentido se encuentra el *Caso Maria Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala*, relevante a esta tesis por cuanto se refiere justamente a las discriminaciones por sexo alegadas por la peticionaria respecto de la legislación nacional de familia, y en que la Comisión observa que las garantías de igualdad y no discriminación consagradas en la Convención Americana y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reflejan bases esenciales del propio concepto de derechos humanos. Como lo ha afirmado la Corte Interamericana, recuerda que estos principios se desprenden “directamente de la unidad de naturaleza del género humano y [son] inseparable[s] de la dignidad esencial de la persona”...Las distinciones estatutarias basadas en criterios vinculados a condiciones tales como la raza o el sexo, exigen un escrutinio más intenso. Lo que la Corte y la Comisión Europeas han afirmado también rige para las Américas, es decir, que dado que “el avance de la igualdad de los sexos es hoy un objetivo muy importante”, “tendrían que mediar razones de mucho peso” para justificar una distinción basada únicamente en razones de sexo. (Informe de Fondo N° 4/01, de 19 de enero de 2001, párrafo 36). Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Guatemala11.625.htm> (último acceso: 9 de agosto de 2010). Poco antes y a propósito del *Caso Marcelino Henríquez contra Argentina* la Comisión había especificado cuando una distinción implica discriminación al señalar que no puede afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. De acuerdo con lo dicho, una distinción implica discriminación cuando para la Comisión: a) hay una diferencia de tratamiento entre situaciones análogas o similares; b) la diferencia no tiene una justificación objetiva y razonable; c) no hay razonable proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo cuya realización se persigue. (Informe de Fondo N° 73/00, de 3 de octubre de 2000, párrafos 36 y 37). Disponible en <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000sp/CapituloIII/Fondo/Argentina11.784.htm> (último acceso: 9 de agosto de 2010).

3.4. La Discriminación Indirecta en el ámbito jurídico internacional.

La idea de “discriminación indirecta” me parece que queda cubierta ya del solo tenor de las definiciones de discriminación que existen en el ámbito jurídico internacional. Efectivamente, cuando considero como un elemento del concepto el que la discriminación es aquella distinción que tiene *por objeto* o *por resultado* producir un cierto fin o efecto, consistente en anular, alterar o menoscabar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de quien la padece se está incluyendo la idea de “discriminación indirecta” en la forma que ya he conceptualizado antes. La expresión *por resultado* daría cuenta de ello. Así lo recogen casi todas las convenciones internacionales que dan un concepto de discriminación aún cuando no existe aún una definición convencional que expresamente indique qué es una “discriminación indirecta”³⁹⁸.

Ahora bien, más allá de la sola lectura de las expresiones usadas en los textos existentes o en la futura aprobación de un acuerdo americano sobre discriminación que la incluya expresamente, el trabajo del Comité de Derechos Humanos además de contribuir a la precisión del concepto de discriminación en el ámbito jurídico internacional como ya se señaló en la parte pertinente, ha servido para tratar de resolver con precisión algunas cuestiones, entre las que están, en lo que toca a esta parte del estudio, si la prohibición de discriminar contenida en el artículo 26 alcanza también a las “discriminaciones indirectas” y si del artículo 26 puede desprenderse una obligación de realizar “acciones afirmativas” a favor de ciertos grupos más vulnerables.

En lo que toca a la “discriminación indirecta” entiendo que el párrafo 9 de la citada observación se refiere a ella aún cuando usa la expresión “discriminación de hecho” en relación a la importancia que atribuye al deber de los estados de informar sobre estas prácticas discriminatorias y la descripción que hace de ellas. *“Los informes de muchos Estados Partes contienen información tanto sobre medidas legislativas como administrativas y decisiones de los tribunales relacionadas con la protección contra la discriminación jurídica, pero suelen no incluir información que ponga de manifiesto una discriminación de hecho. Al informar sobre el párrafo 1 del artículo 2 y los artículos 3 y 26 del Pacto, los Estados Partes por lo general citan disposiciones de su constitución o sus leyes sobre igualdad de oportunidades en lo que respecta a la igualdad de las personas. Si bien esta información es sin duda alguna útil, el Comité quisiera saber si sigue existiendo algún problema de discriminación de hecho, practicada ya sea por las autoridades públicas, la comunidad o por personas u órganos privados. El Comité desea ser informado acerca de las disposiciones legales y medidas administrativas encaminadas a reducir o eliminar tal discriminación”*³⁹⁹.

³⁹⁸ El Proyecto Interamericano para crear una *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, en su última versión contiene una definición expresa de “discriminación indirecta”, diciendo que es “...la que se produce, en la esfera pública o privada, cuando un factor aparentemente (neutro) (inocuo), tal como una disposición, criterio o práctica, tiene por efecto la distinción, exclusión, o restricción de los derechos humanos o libertades fundamentales de personas que pertenecen a un grupo específico, o los pone en desventaja, a menos que tal factor tenga un objetivo o justificación razonable”. Doc. OEA Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev.11

³⁹⁹ Doc. NU HRI/GEN/I/Rev.2.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su OG N° 16, de 11 de agosto de 2005⁴⁰⁰, sobre *Igualdad de derechos entre hombre y mujer*, reafirma el concepto de discriminación de la *Convención sobre Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* e indica que existen dos tipos de discriminación, la “directa” y la “indirecta”, las que define en los párrafos 12 y 13 respectivamente.

La “discriminación directa” ocurre cuando se produce una diferencia de tratamiento directa y explícita, basada exclusivamente en el sexo y las características que diferencian a hombre y mujer, sin que se pueda dar una justificación objetiva. En las palabras originales del Comité: *“Direct discrimination occurs when a difference in treatment relies directly and explicitly on distinctions based exclusively on sex and characteristic of men or of women, wich cannot be justified objectively”*. La discriminación es indirecta cuando una conducta que no busca discriminar, resulta en sus efectos al ser implementada en una distinción no justificada. Dice el Comité: *“Indirect discrimination occurs when a law, policy or programme does not appear to be discriminatory, but has a discriminatory effect when implemented. This can occur, for example, when women are disadvantaged compared to men with respect to the enjoyment of a particular opportunity or benefit due to pre-existing inequalities. Applying a gender neutral-law may leave the existing inequality in place, or exacerbate it”*.

En su Observación General N° 20, de 2 de julio de 2009⁴⁰¹ indica que la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación.

Por su parte, el Comité contra la Discriminación Racial en su Observación General N° 14, de 22 de marzo de 1993, relativa a la *Definición de discriminación del artículo 1º, párrafo 1º* de la Convención respectiva, ha dicho que *“It is of the opinion that the words “based on” do not bear any meaning different from “on the grounds of” in preambular paragraph 7. A distinction is contrary to the Convention if it has either the purpose or the effect of impairing particular rights and freedoms. This is confirmed by the obligation placed upon States parties by article 2, paragraph 1 (c), to nullify any law or practice wich has the effect of creating or perpetuating racial discrimination”*,⁴⁰².

Si bien esta precisión que hace el Comité la realiza en base a una convención específica, no hay que perder de vista que es sobre esa definición y las otorgadas en acuerdos sectoriales como el de la OIT y de la UNESCO sobre las cuales se ha construido la idea de discriminación en el ámbito normativo internacional.

⁴⁰⁰ Doc. NU E/C.12/2005/4

⁴⁰¹ Doc. NU E/C.12/GC/20

⁴⁰² [http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/d7bd5d2bf71258aac12563ee004b639e?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/d7bd5d2bf71258aac12563ee004b639e?Opendocument) (último acceso: 27 de diciembre de 2009)

3.5. Las Medidas Especiales o Acciones Afirmativas en el ámbito jurídico internacional.

En cuanto a las “acciones positivas”, hay que partir por precisar aquí también una cuestión terminológica.

En el mundo normativo internacional se usa en general la expresión “medidas especiales” para referirse a ellas y aunque se comenzó a hablar claramente de las mismas sólo hacia mitad de los años sesenta, se entiende que quedaron recogidas en los acuerdos primeros que se dedicaron a la discriminación, generalmente bajo este término. Como ejemplo, la *Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*, de 1965, en el artículo 1º.4º. usa la expresión “*medidas especiales*” en su versión en español; “*special measures*” en el texto en inglés y “*mesures spéciales*” en el original en francés, entendiendo que a lo que refiere es a estas “acciones positivas”.

Como lo dije entonces al tratar los problemas doctrinarios que presentan, en el derecho internacional la confusión terminológica no se manifiesta como en el ámbito doctrinario pues en los textos normativos se emplea casi preferentemente la expresión “medidas especiales” sin mayores precisiones conceptuales, habiéndose criticado en los pronunciamientos el uso de la expresión “discriminación positiva” por ser un contrasentido, considerando así más apropiado el término “acción afirmativa” para englobar todos los tipos de estas “medidas especiales” que pueden presentarse⁴⁰³. Los diversos usos lingüísticos sin embargo no deben hacer perder de vista que siempre están refiriendo a la misma idea que llamaré “acciones positivas”, “acciones afirmativas” o recurriendo a la principal terminología internacional “medidas especiales de protección”⁴⁰⁴.

Así por lo demás surge de los informes del Relator Especial sobre el tema⁴⁰⁵.

A través de la Resolución 1998/5 la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos nombró a Marc Bossuyt como Relator Especial para el tema que denominó “*El concepto y la práctica de la acción afirmativa*”, quien tras presentar sendos informes preliminares en los años 2000⁴⁰⁶ y 2001⁴⁰⁷, presentó su Informe Final en el año 2002⁴⁰⁸ sirviendo así como documento técnico y guía para el análisis jurídico internacional del tema y de cómo se han recogido las “acciones positivas”

403 El último proyecto de tratado internacional sobre discriminación, el americano que ya he referido, usa en su última versión las expresiones “medidas especiales”, “políticas públicas especiales de diferenciación”. En versiones anteriores a la de 2009 se usó la expresión “derecho a discriminación positiva” como un derecho diverso al “derecho a medidas especiales de protección” y, a propósito de las obligaciones a que se comprometen los estados indicaba que estos se obligan a “adoptar medidas o políticas públicas de acción afirmativas”. Los principales documentos que muestran los antecedentes tenidos en vista para preparar esta Convención, los documentos OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-15/05 y OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05, no indican que el tema terminológico haya sido una cuestión presente sino sólo que la consagración de las “acciones afirmativas” o las “medidas especiales de protección” era indiscutible para el ámbito hemisférico americano.

404 Valga señalar acá como un dato sobre esta cuestión terminológica en el ámbito internacional que en el Informe Final del Grupo de Alto Nivel sobre la Alianza de Civilizaciones, de 13 de noviembre de 2006, se indica en la página 8 de la versión en español que “En las sociedades democráticas, cuando grupos que comparten una historia de discriminación o la condición de víctima reclaman igualdad de derechos y participación política, la cuestión puede resolverse de forma pacífica mediante, por ejemplo, la discriminación positiva” (el destacado es mío) Si bien el documento que señalo no tiene ningún mérito vinculante llama la atención el empleo de esta expresión que en general ha sido criticada según ya he dado cuenta. Años antes en todo caso, en el documento final de la Conferencia Mundial de las Naciones Unidas contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y otras Formas Conexas de Intolerancia, celebrada en Durban, Sudáfrica, en el año 2001, se usó la expresión “medidas y estrategias afirmativas o positivas” en relación a los planes nacionales que deberían adoptarse para luchar contra la discriminación racial, la xenofobia y toda forma de intolerancia.

405 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15, párrafo 6.

406 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11

407 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15

408 Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/21

en el mundo jurídico internacional y la relevancia que se les ha atribuido en el marco de los órganos onusianos.

El Relator las define como “un conjunto coherente de medidas de carácter temporal dirigidas a corregir la situación de los miembros del grupo a que están destinadas en un aspecto o varios aspectos de su vida social para alcanzar la igualdad efectiva”⁴⁰⁹.

La primera vez que se habló de ellas expresamente en el ámbito jurídico internacional fue durante la elaboración y redacción del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* a partir de una alusión formulada por la India, país como he dicho en otro apartado especialmente preocupado de la cuestión. Preocupación que arranca desde antes incluso de lograr su independencia del gobierno británico en 1947, habida cuenta de que se trata de una sociedad multiétnica y muy fragmentada en lo social y que se comienza a plasmar normativamente en su derecho interno en los años 50.

Así introducida formalmente la noción en los trabajos preparatorios a los Pactos de 1966, se puede decir que del texto de ambos se deduce en términos generales que no sólo prohíben la discriminación que no sea objetiva o razonable sino que también esta prohibición no se opone a la adopción de “medidas especiales” o “acciones positivas” a favor de los grupos más vulnerables, aunque no establecen su obligatoriedad ni las formas que deben asumir⁴¹⁰, tema el primero especialmente complejo pues no hay consenso en el ámbito internacional si los tratados “ordenan” estas medidas o sólo las “permiten”. La regla del efecto útil parece servir de argumento para inclinarse por la primera afirmación.

Esta recepción en los *Pactos* la han ratificado el Comité de Derechos Humanos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En el párrafo 10 de su OG Nº 18 el Comité de Derechos Humanos ha señalado que el principio de igualdad “*exige algunas veces a los Estados Partes adoptar disposiciones positivas para reducir o eliminar las condiciones que originan o facilitan que se perpetúe la discriminación prohibida por el Pacto. Por ejemplo, en un Estado en el que la situación general de un cierto sector de su población impide u obstaculiza el disfrute de los derechos humanos por parte de esa población, el Estado debería adoptar disposiciones especiales para poner remedio a esa situación. Las medidas de ese carácter pueden llegar hasta otorgar, durante un tiempo, al sector de la población de que se trate, un cierto trato preferencial en cuestiones concretas en comparación con el resto de la población. Sin embargo, en cuanto son necesarias para corregir la discriminación de hecho, esas medidas son una diferenciación legítima con arreglo al Pacto*”⁴¹¹. Lo que en el fondo dice el Comité es que el Pacto permite que se dé un trato preferencial a un grupo para corregir la discriminación.

⁴⁰⁹ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15, párrafo 7 y Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/21, párrafo 6.

⁴¹⁰ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11, párrafos 18 y 19 y Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2002/21, párrafos 52 y 53.

⁴¹¹ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

Asimismo, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁴¹², recogiendo otra vez los Principios de Limburgo de 1986 y las Directrices de Maastricht de 1997, ha dicho que las medidas especiales que se tomen con el único fin de asegurar la promoción adecuada de ciertos grupos o individuos que requieran de tal protección para lograr un trato igual en cuanto al goce de derechos económicos, sociales y culturales, no deberán considerarse como una discriminación siempre que estas medidas no tengan como consecuencia el mantenimiento de una separación de derechos para los diferentes grupos. No se deberá, por lo tanto, continuar con tales medidas una vez logrado el objetivo fijado.

En su primera Observación General⁴¹³ este mismo Comité afirmó que el primer paso para promover la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto es el diagnóstico y conocimiento de los sectores más desfavorecidos de la población, que deben ser los destinatarios de las medidas estatales de acción positiva tendentes a lograr la plena realización de sus derechos.

En la Observación General N° 5⁴¹⁴ se refiere a que la discapacidad es un motivo que justifica un trato especial y en la Observación General N° 13⁴¹⁵ en los párrafos 32 y 33 se refiere a medidas especiales provisionales destinadas a lograr la igualdad de hecho entre hombre y mujeres y entre grupos vulnerables, señalando que ellas no constituyen violación al derecho de no discriminación en lo que respecta a la educación, siempre y cuando esas medidas no den lugar al mantenimiento de normas no equitativas o distintas para los diferentes grupos, y a condición de que no se mantengan una vez alcanzados los objetivos a cuyo logro estaban destinadas. Por ello en algunas circunstancias se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para ciertos grupos no constituye una violación del Pacto, reforzándose así el carácter temporal que, por definición, debe primar en estas medidas.

Por su parte, otros textos sobre derechos humanos, tanto del plano universal como del regional, conciben la existencia de esta clase de medidas.

Así, el *Convenio N° 111*, de la OIT *relativo a la discriminación en materia de ocupación y empleo*, de 1958, además de la importancia que tiene por ser el primer tratado internacional que definió lo que se entiende por discriminación lo es por cuanto también es uno de los primeros que habla de “*medidas especiales de protección o asistencia*” dejando un buen margen a la apreciación que cada estado puede hacer sobre si tales medidas llegan a constituir una discriminación aún cuando limita esta facultad a la consulta con los organismos pertinentes, si ellos existen⁴¹⁶.

⁴¹² Doc. NU E/C.12/2000/13.

⁴¹³ Doc. NU E/1989/22

⁴¹⁴ Doc. NU E/C.12/1994/13

⁴¹⁵ Doc. NU E/C.12/1999/10

⁴¹⁶ Dice su artículo 5º: “1. Las medidas especiales de protección o asistencia previstas en otros convenios o recomendaciones adoptados por la Conferencia Internacional del Trabajo no se consideran como discriminatorias. 2. Todo miembro puede, previa consulta con las organizaciones de trabajadores y de empleadores, cuando dichas organizaciones existan, definir como no discriminatorias cualesquiera otras medidas especiales destinadas a satisfacer las necesidades particulares de las personas a las que, por razones tales como el sexo, la edad, la invalidez, las cargas de familia o el nivel social o cultural, generalmente se les reconozca la necesidad de protección o asistencia especial”.

La *Convención para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial*, en el párrafo 4 de su artículo 1º y en el artículo 2º trata la noción. El primero consagra medidas tomadas en pro de determinados grupos raciales o étnicos o de ciertas personas con objeto de garantizarles el disfrute o ejercicio en pie de igualdad de los derechos humanos y libertades fundamentales que no se consideran como medidas de discriminación racial, siempre que no conduzcan, como consecuencia, al mantenimiento de derechos distintos para los diferentes grupos raciales y que no se mantengan en vigor después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. El párrafo 2 del artículo 2º en tanto impone a los Estados Partes la obligación de tomar medidas especiales para asegurar el adecuado desenvolvimiento y protección de ciertos grupos raciales o de personas pertenecientes a estos grupos, con el fin de garantizar en condiciones de igualdad el pleno disfrute por dichas personas de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Se ha tenido buen cuidado en aclarar que la protección de ciertos grupos no constituye una discriminación, siempre que esas medidas no se mantengan después de alcanzados los objetivos para los cuales se tomaron. Esto es un refuerzo de la idea de temporalidad que debe prevalecer en el establecimiento de “acciones positivas”⁴¹⁷.

Por su lado, la *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, se refiere a ellas en el artículo 4º⁴¹⁸. Durante la elaboración de esta *Convención* se debatió el tema de las medidas especiales que se incluyeron al final en el texto. Se hizo hincapié en que no debía estimarse discriminatorio el establecimiento de condiciones de carácter temporal con miras a conseguir la igualdad de hecho de las mujeres y así quedó estipulado expresamente en el artículo citado, cuestión sobre la que volveré más adelante al tratar específicamente sobre estas medidas como parte de los desarrollos a favor de la mujer.

Finalmente en lo que toca a acuerdos de vocación universal, el más recientemente elaborado, la *Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* también se ha sumado a la consideración de “acciones positivas” a partir de la inclusión de lo que llama “ajustes razonables”. En el artículo 1º al definir las ideas claves para la *Convención* se contiene una definición de estos “ajustes razonables” la cual, por su contenido, lleva a entender que se conciben como las “acciones positivas” a favor de los discapacitados. Tales ajustes razonables son “...*las modificaciones y*

⁴¹⁷ Como informa Bossuyt, “los dos artículos tienen su origen en el párrafo 3 del artículo 2 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, adoptada en 1963. La razón de que la Convención haya abordado en dos ocasiones el mismo problema estriba en que, mientras que el artículo 1 define la discriminación y su párrafo 4 hace referencia a un caso en el que la aplicación de un trato diferente no debe considerarse discriminatoria, el artículo 2 versa sobre los derechos que la Convención impone a los Estados Partes; ambos insisten en el carácter temporal de las medidas especiales, reacción inspirada en el sistema de apartheid que existía en aquella época. En el debate en torno al párrafo dedicado a las medidas especiales, algunos representantes mostraron su preocupación por el hecho de que pudieran usarse como arma por gobiernos obsesionados con perpetuar la separación de ciertos grupos del resto de la población o con justificar el colonialismo. Sin embargo, se dejó bien claro que el objetivo no era subrayar las distinciones entre diferentes grupos raciales, sino más bien garantizar que los miembros de esos grupos pudieran integrarse en la comunidad, con objeto de alcanzar el objetivo de un desarrollo en pie de igualdad para todos los ciudadanos” Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

⁴¹⁸ “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”. Relacionando esta norma con lo dispuesto en los artículos 5º.3, 5º.4 y 12.3, que establecen en general la obligación de los estados partes de tomar medidas para lograr estos “ajustes razonables”, aparece meridianamente claro que la discapacidad ya es un criterio de diferenciación que justifica la adopción de “medidas especiales”, razón por la cual “3. *A fin de promover la igualdad y eliminar la discriminación, los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para asegurar la realización de ajustes razonables. 4. No se considerarán discriminatorias, en virtud de la presente Convención, las medidas específicas que sean necesarias para acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad*”. Esta obligación a los estados incluye adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Este es un tratado que, en la forma redactada, permite pensar en una obligación de los estados de emprender acciones afirmativas (“ajustes razonables”) a favor de los grupos discapacitados y no sólo entender que lo que se hace internacionalmente es propender a ellas o permitir que el estado las adopte, como parece surgir de algunos de los otros textos que se refieren a ellas y que hace que el tema de la eventual exigibilidad internacional de las “acciones positivas” no sea uno sobre el que se haya escrito mucho.

Personalmente y como dije antes, por la regla del efecto útil, aplicable a la hora de interpretar una norma como elemento coadyuvante de interpretación, me inclino a pensar en que hay alguna base normativa para reclamarlas en sede internacional si el estado no cumple con ellas y fruto de eso se mantiene o agrava la situación de desventaja en que esté el colectivo de que se trate, en este caso concreto los discapacitados.

En el plano regional normativo en tanto, no existen muchas referencias expresas y claras a las “acciones positivas” y su configuración y recepción es debida en gran medida a la labor jurisprudencial.

Un ejemplo en el plano americano se encuentra en la *Convención Interamericana para la eliminación de toda forma de discriminación contra las personas con discapacidad*, que en su artículo 3º establece que para lograr los objetivos allí previstos los estados partes se comprometen a: “1. *Adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para eliminar la discriminación contra las personas con discapacidad y propiciar su plena integración en la sociedad...*”, formulando una larga pero no taxativa lista de estas medidas.

En tratados europeos en tanto, la manifestación principal de ellas se encuentra en los artículos 4º, 5º y 6º del *Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales*, lo cual me parece evidente si se entiende que el objetivo a que están llamadas a servir estas acciones es la compensación de las desigualdades reales que afectan a ciertos grupos y uno de los que mayormente sufre estas

desigualdades y la inferioridad social en muchos aspectos es todo grupo que sea calificado de minoría⁴¹⁹.

En el Informe Explicativo de este Convenio se dejó claro que estas medidas deben ser adecuadas al criterio de proporcionalidad a fin de evitar que terminen constituyéndose en una discriminación a su vez respecto de otros. Esta proporcionalidad supone también una restricción en su duración, no debiendo tener una más larga ni un alcance más amplio que el necesario para alcanzar el objetivo de la igualdad plena y efectiva⁴²⁰.

En el CEDH por su parte no aparece ninguna referencia expresa a ellas lo cual parece obvio si se considera su clara tendencia a los derechos basados más en la libertad que en la igualdad y el contexto histórico en que se elabora.

Sin embargo en el *Protocolo Adicional N° 12* se encuentran referencias claras a ellas en su Preámbulo y en el articulado, referencias que el propio Consejo de Europa se ha encargado de decir que, a diferencia de lo que ocurriría en otros textos internacionales que las consagran (como en los acuerdos en materia de discapacidad, agrego por mi cuenta) no significan su imposición en forma obligatoria para los estados partes⁴²¹.

Ahora bien, en lo que toca al desarrollo jurisprudencial son de destacar los pronunciamientos en el ámbito americano.

La Opinión Consultiva de la Corte Interamericana N° 16, de 1° de octubre de 1999⁴²², emitida a propósito de la solicitud de México en relación con las garantías judiciales mínimas y el debido proceso en el marco de la pena de muerte impuesta judicialmente a extranjeros a quienes el Estado receptor no ha informado de su derecho a comunicarse y a solicitar la asistencia de las autoridades consulares del Estado de su nacionalidad, ha sido el vehículo por el que la Corte ha ratificado sus dichos sobre la discriminación y reconociendo la existencia de desigualdades reales ha introducido la idea de las “acciones afirmativas”. Ha dicho la Corte en el párrafo 119 de esta OC: “*Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y*

⁴¹⁹ Especialmente relevante es el artículo 4°. en sus números 2° y 3° que indica: “2. Las partes se comprometen a adoptar, cuando sea necesario, medidas adecuadas con el fin de promover, en todos los campos de la vida económica, social, política y cultural, una plena y efectiva igualdad entre las personas pertenecientes a una minoría nacional y las pertenecientes a la mayoría. A este respecto, tendrán debidamente en cuenta las condiciones específicas de las personas pertenecientes a minorías nacionales. 3. Las medidas adoptadas de conformidad con el apartado 2 no se considerarán un acto de discriminación”.

⁴²⁰ Doc. Consejo de Europa 788/94.CON

⁴²¹ “The third recital of the preamble refers to measures taken in order to promote full and effective equality and reaffirms that such measures shall not be prohibited by the principle of non-discrimination, provided that there is an objective and reasonable justification for them...The fact that there are certain groups or categories of persons who are disadvantaged, or the existence of the fact inequalities, may constitute justification for adopting measures providing for specific advantages in order to promote equality, provided that the proportionality principle is respected. Indeed, there are several international instruments obliging or encouraging states to adopt positive measures...However, the present Protocol does not impose any obligation to adopt such measures. Such a programmatic obligation would sit ill with the whole nature of the Convention and its control system which are based on the collective guarantee of individual rights which are formulated in terms sufficiently specific to be justiciable”. *Explanatory Report on Protocol N° 12* (cit), párrafo 16.

⁴²² Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas.”

En la Opinión Consultiva N° 17, de 28 de agosto de 2002⁴²³, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño*, la Corte junto con ratificar su idea sobre la igualdad y las diferenciaciones que no constituyen discriminación en la forma que lo manifestara en la OC N° 4, entiende que en el caso de los niños y las condiciones en que se encuentran sí es justificable algún tipo de medida diferenciada de protección cuya adopción corresponde tanto al Estado como a la familia, a la comunidad o a la sociedad en que el niño vive, sean de carácter económico, social o cultural o también para evitar los malos tratos y la violencia contra ellos, utilizando la expresión “*medidas positivas*”. Efectivamente, en el párrafo 91 sostiene “*En conclusión, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño*”⁴²⁴.

Estas mismas ideas fueron ratificadas en la sentencia dictada en el llamado *Caso Instituto de Reeducación del menor con Paraguay*, de 2 de septiembre de 2004, promovido por la Comisión a raíz de la muerte y malos tratos recibidos por varios menores recluidos en el centro en cuestión entre los años 1996 y 2001 en que la Corte recordó esta OC y dijo que en el caso de los niños, dadas sus condiciones, eran necesarias ciertas medidas específicas⁴²⁵.

Debo destacar que la labor de Bossuyt ha sido clara para contextualizar los distintos desarrollos que he venido relatando en esta parte, básicamente en cuestiones cómo cuáles son los grupos que se pueden beneficiar de ellas, cuál es su justificación y las formas que puede adoptar⁴²⁶, temas que por lo demás han sido más o menos los mismos que se vienen discutiendo en la doctrina.

De ellos el que me parece más relevante es la determinación de qué grupos deben verse favorecidos. En este sentido vale bien recordar acá que las acciones afirmativas van dirigidas a un grupo determinado compuesto de personas que tienen una característica común en que está basada su participación en el grupo y se encuentran en situación de desventaja. “Pese a que a menudo esa característica es innata e inalienable como el género, el color de la piel, la nacionalidad o la pertenencia a una minoría étnica, religiosa o lingüística, no necesariamente tiene que ser siempre así. De este modo, los programas de acción afirmativa anteriores y presentes han estado destinados a las mujeres, los negros, los inmigrantes, los pobres, los discapacitados, los ex combatientes, los indígenas, otros

⁴²³ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁴²⁴ Dice la Corte en los párrafos 60 y 61 de esta OC: “*En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño*”.

⁴²⁵ *Caso Instituto de Reeducación del menor con Paraguay*, Serie C N° 112. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011) Véanse párrafos 209 y 210.

⁴²⁶ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15.

grupos raciales, determinadas minorías y así sucesivamente”⁴²⁷. El problema es cómo determinar los grupos lo suficientemente desfavorecidos para merecer un trato especial. Pese a que el Relator Especial atribuye importancia a los convenios internacionales que permiten acciones positivas, establece que en muchos casos se determinarán los beneficiados de las medidas de acción afirmativa conforme a la legislación de cada país. En ese sentido el establecimiento de las “acciones afirmativas” debería combinar, en mi criterio, la existencia de una condición persistente de desigualdad y un regulación eficaz en la determinación de quien está en esa condición, a fin de evitar que se llegue a un sistema de autocalificación que se traduzca a largo plazo en generar mayor desigualdad entre los ya tratados desigualmente.

Para finalizar esta parte quiero dejar establecidos los límites que el Derecho Internacional impone a las “medidas especiales” o “acciones positivas” en la forma en que los ha señalado la labor del Relator Especial tantas veces ya citado⁴²⁸. Estos límites son: que las medidas especiales o de acción afirmativa no pueden generar una discriminación y que deben tener un carácter temporal.

El primer límite es sin duda el más trascendente. Entendiendo que existen ciertas “distinciones” que pueden permitirse justamente para lograr terminar con la desigualdad es importante que ellas no lleguen a transformarse a su vez en discriminatorias para el resto de los individuos que no forman parte del grupo al que van dirigidas. En otras palabras, en ningún caso la adopción de una cierta medida que tiende a favorecer a un grupo históricamente relegado puede llegar a afectar la igualdad entre todos los integrantes de la sociedad.

En la misma línea, el motivo en que se funde una distinción es importante a la hora de determinar si la distinción es o no arbitraria, o sea, discriminación. No obstante ello, lo decisivo no es la causa propiamente dicha, sino la relación o conexión entre ésta y la norma respecto de la cual se practica la distinción. Es menester que exista una “conexión suficiente” entre la norma y la causa o, en otras palabras, ha de considerarse que la causa es “relevante” para la norma concreta con respecto a la cual se practica la distinción. El objetivo general o la meta perseguida por la legislación en este sentido no es lo decisivo, pero sí lo es la relevancia del motivo concreto con las normas específicas. Una distinción introducida por la legislación para lograr un objetivo perfectamente legítimo puede ser, sin embargo, discriminatoria y, en calidad de tal, constituir una violación de los derechos humanos, si la causa en que se basa la distinción no puede estimarse relevante en relación con dicho derecho⁴²⁹.

Dice Bossuyt que “no cabe interpretar que las disposiciones de los programas de acción afirmativa puedan justificar cualquier distinción fundada en cualquier motivo en relación con cualquier derecho, sencillamente porque tiene por objeto mejorar la situación de personas o grupos desfavorecidos. Una interpretación de ese tipo justificaría medidas legislativas absurdas con total desprecio por los derechos humanos y del principio fundamental de igualdad o no discriminación”⁴³⁰.

⁴²⁷ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15, párrafo 10.

⁴²⁸ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

⁴²⁹ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

⁴³⁰ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11, párrafo 65.

Basándose en la jurisprudencia nacional e internacional concluye Bossuyt que la relación entre la acción afirmativa y el principio de no discriminación es muy rigurosa. “El simple hecho de que una categoría determinada de la población sufre de las condiciones económicas o sociales desfavorables no significa que, para mejorar su situación material, cualquier distinción basada en una característica que define al grupo se considere legítima, incluso si el fundamento no es pertinente como base de distinción respecto de un derecho determinado. No estaría justificado para nada dedicar medidas afirmativas a personas que en puridad no las necesitan, pero que en tiempos pertenecieron a un grupo que en el pasado estuvo en una situación de desventaja, y de negarlas a personas que sí las necesitan, pero que en tiempos pertenecieron a un grupo que en el pasado tuvo una posición acomodada en la sociedad”⁴³¹.

En cuanto al carácter temporal es un límite que surge de los textos internacionales, que coincide con la visión constitucional y doctrinaria de las “acciones positivas” y que por cierto se justifica en que la mantención indefinida de estas medidas podría redundar en el establecimiento permanente también de condiciones de desigualdad para los no receptores de las mismas.

3.6. Hacia un concepto de Discriminación en Derechos Humanos en el Derecho Internacional.

Con lo dicho hasta acá me permito construir una idea de discriminación desde la perspectiva jurídico internacional a partir de entender que ella se constituye cuando están reunidos los siguientes elementos:

1°. Una desigualdad de tratamiento consistente en una distinción, exclusión, preferencia, limitación o restricción.

2°. Esa desigualdad se basa en ciertos motivos o criterios cuya enumeración no es taxativa en el Derecho Internacional pero que deben ser siempre aplicados sin una causa objetiva o razonable.

3°. La desigualdad de tratamiento tiene *por objeto o por resultado* producir un cierto fin o efecto y que consiste en anular, alterar o menoscabar el reconocimiento, goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de quien padece esta desigualdad de trato.

4°. La discriminación puede producirse en cualquier esfera de la vida pública o privada, sea la política, la económica, la social, la cultural, la laboral, la familiar o cualquier otra.

5°. La discriminación puede afectar tanto a un individuo en forma aislada como a un colectivo unido por ciertos rasgos comunes.

6°. La discriminación puede provenir de un agente público o de un tercero.

Así conceptualizada entonces es menester agregar que es obligación internacional del estado velar porque las discriminaciones no se produzcan, compromiso que se refuerza con la adopción de cláusulas de no discriminación en acuerdos vinculantes.

⁴³¹ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2001/15, párrafo 73.

Asimismo, “debería” ser su obligación adoptar “medidas especiales” en ciertos casos cuando sea justificado que algunos grupos están en situación de inferioridad y necesitan ayuda para lograr la igualdad de oportunidades y también “debería” velar porque no se produzcan discriminaciones que emanen de privados.

Sobre estas dos obligaciones uso un término condicional para referirme a su carácter pues como ya he dicho, en ambos casos el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no muestra plena unanimidad en su reconocimiento jurídico.

4. LAS DISTINTAS CLÁUSULAS DE NO DISCRIMINACIÓN RECONOCIDAS EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

4.1. Conceptualizando las Cláusulas de No Discriminación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Como bien recuerda Carbonell “...la prohibición de la discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales. Se trata de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables entre las personas y que, además, suelen detallar algunos rasgos o características con base en las cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones”⁴³².

En efecto, bajo el marco conceptual que he dado antes, es decir, teniendo una idea instrumental de la igualdad y un concepto ampliado de discriminación para el ámbito jurídico internacional es posible comprender que las normas que establecen el mandato de no discriminación tienen una vida sustantiva propia y diversa de lo que es la consagración de la igualdad en una norma; de lo que es la definición convencional de un concepto de discriminación o de lo que son las normas que conciben e incluso pueden ordenar adoptar “acciones positivas”.

Se trata entonces de normas, en el sentido de fuentes del derecho, que buscan concretar la igualdad garantizada digamos “en abstracto” y a partir de la concepción de ella que he explicado en el párrafo primero de este capítulo y que, sobre la base de evitar diferenciaciones sin justificación objetiva y razonable se constituyen en un mandato específico a los Estados.

Dicho con otras palabras, son cláusulas incorporadas en los instrumentos internacionales de derechos humanos que junto con establecer la prohibición de discriminar, señalan los criterios de diferenciación que son sospechosos de constituir violaciones al principio de igualdad que se busca materializar a través de la cláusula.

⁴³² Carbonell, M., “Estudio Preliminar. La igualdad y los derechos humanos”, en Carbonell, M. (Compilador), *El principio constitucional (cit)*, p.14.

Reitero que no deben confundirse con las cláusulas que consagran la igualdad; ya he dicho que la no discriminación es una manifestación de la misma y por tanto las cláusulas que la consagran vienen a desarrollarla.

Recuerdo también acá que he dicho que la igualdad llamada a concretarse a través de la no discriminación es la que puede entenderse a través de la idea de igualdad de oportunidades.

En los textos internacionales en todo caso se encuentran presentes todas las dimensiones de igualdad que he referido y que se reconducen a través de esta idea doctrinaria y más completa de igualdad de oportunidades.

Basta tomar algunos ejemplos y contrastarlos con la naturaleza general del instrumento en que se contienen y su especial objetivo para entender en que contexto utilizan la igualdad y para ver que, normalmente, la igualdad se consagra en una cláusula separada y distinta de aquella que consagra la no discriminación.

Así, el artículo 3º del PIDCP señala una concepción bastante cercana a la igualdad formal y en la misma línea lo hace el pacto gemelo⁴³³.

En otros casos la igualdad aparece consagrada junto a la no discriminación que sirve para su materialización, como es el caso del artículo 24 del *Pacto de San José de Costa Rica*⁴³⁴, en una clara manifestación de la igualdad formal.

En el ámbito europeo, ha sido a través del *Protocolo Adicional N° 12* al CEDH a partir del cual se ha consagrado la igualdad en términos bastante amplios atendida la naturaleza del texto europeo principal y considerando su omisión original acerca de la igualdad⁴³⁵.

Ahora bien, a partir del trabajo de los tribunales internacionales de derechos humanos, de la labor que a la Corte Internacional de Justicia le cabe en virtud del artículo 38 de su *Estatuto* y del trabajo de los órganos de vigilancia de los diversos tratados, especialmente el Comité de Derechos Humanos, parece ser que se ha ido consagrando la norma de no discriminación como una norma de *ius cogens*, es decir, como parte de aquellas normas de orden público internacional, aceptadas y reconocidas como tales por la comunidad internacional como normas que no admiten acuerdo en contrario y que no pueden ser derogadas o dejadas sin efecto sino por otra que tenga igual carácter, como surge de la relación de los artículos 53 y 64 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, de 23 de mayo de 1969, en vigor desde el 27 de enero de 1980.

⁴³³ El artículo 3º del PIDCP dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”. Por su parte, el artículo 3º del PIDESC señala que “Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto”.

⁴³⁴ “Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

⁴³⁵ “Los Estados miembros del Consejo de Europa, signatarios del presente Protocolo, Teniendo en cuenta el principio fundamental según el cual todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho a una igual protección de la ley; Resueltos a adoptar nuevas medidas para promover la igualdad de todos mediante la garantía colectiva de una prohibición general de discriminación por el Convenio de salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950...Reafirman que el principio de no discriminación no impide a los Estados Parte adoptar medidas a fin de promover una igualdad plena y efectiva, a condición de que estas medidas respondan a una justificación objetiva y razonable”.

Un primer paso importante para llegar a la cuestión fue la consagración de la norma como una *erga omnes* por parte de la Corte Internacional lo que supone que a todos los estados se les puede exigir recíprocamente el cumplimiento.

Hay que recordar acá que no todas las normas *erga omnes* son parte del *ius cogens* pero a la vez todo el *ius cogens* sí tiene el efecto *erga omnes* que vengo señalando; entre ambas hay una relación de género a especie. De ahí que la declaración que hizo en su tiempo la Corte Internacional de Justicia fue un paso histórico para esta clase de norma y su valor y exigencia en el Derecho Internacional.

El Comité de Derechos Humanos en tanto, a partir de la consagración convencional de derechos que nunca pueden suspenderse ni aún en caso de situaciones excepcionales de peligro público o emergencia pública que representen una amenaza grave para el Estado, y que son los contenidos en los artículos 4.2 del PIDCP; 15 del CEDH y 27 del Pacto de San José de Costa Rica, ha entendido que ellos configuran el núcleo duro de los derechos humanos.

Se trata de derechos de carácter imperativo y entre ellos está el derecho a la vida, a no ser torturado ni sometido a trato inhumano o degradante y la prohibición de la esclavitud, por citar los principales en mi concepto.

En su Observación General N° 29⁴³⁶, sobre el *artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: estados de excepción y suspensión de derechos*, de 31 de agosto de 2001, así lo ha manifestado y en lo que interesa a la norma de no discriminación indica que las medidas que se tomen sobre suspensión de derechos en esas situaciones graves han de ser “sin discriminación”, con lo cual parece ser entonces que la norma de no discriminar entra también en este núcleo duro y tiene carácter de *ius cogens*. Ha dicho el Comité en esa Observación: “Según el párrafo 1 del artículo 4, una de las condiciones para la justificación de cualquier suspensión de las disposiciones del Pacto es la de que las medidas adoptadas no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. Aun cuando el artículo 26 y las demás disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación (artículos 2 y 3, párrafo 1 del artículo 14, párrafo 4 del artículo 23, párrafo 1 del artículo 24 y artículo 25) no figuran entre las disposiciones que según el párrafo 2 del artículo 4 no pueden ser suspendidas, existen elementos o dimensiones del derecho a la no discriminación que no admiten excepción en circunstancia alguna. En particular, se debe dar cumplimiento a esta disposición del párrafo 1 del artículo 4 cuando se hagan cualesquiera distinciones entre las personas al recurrir a medidas que suspenden la aplicación de determinados artículos del Pacto”.

La idea en todo caso ya se podía desprender del párrafo 2° de la Observación General N° 18 cuando recuerda que la suspensión que se permite en virtud del artículo 4° debe ser sin discriminación⁴³⁷.

⁴³⁶ Doc. NU CCPR/C/21/Rev.1/Add.11

⁴³⁷ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

Tiempo más tarde, en el año 2003, el tribunal americano de derechos humanos por su parte ratificaría esta tesis del carácter de *ius cogens* de la norma de no discriminación en la Opinión Consultiva N° 18⁴³⁸ al señalar que “...este Tribunal considera que el principio de igualdad ante la ley, igual protección ante la ley y no discriminación, pertenece al *jus cogens*, puesto que sobre él descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional y es un principio fundamental que permea todo ordenamiento jurídico. Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona, por motivos de género, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición. Este principio (igualdad y no discriminación) forma parte del derecho internacional general. En la actual etapa de la evolución del derecho internacional, el principio fundamental de igualdad y no discriminación ha ingresado en el dominio del *jus cogens*”.

La calificación de *ius cogens* efectuada entonces a partir de estos pronunciamientos se transforma en un tema relevante en el ámbito de la igualdad y la no discriminación y a partir de ello quedan abiertas algunas interrogantes.

Una de ellas es la eventual responsabilidad agravada de los estados en caso de incumplir el *ius cogens*, tema que ha estado permanentemente presente en los debates sobre la eficacia del Derecho Internacional, particularmente desde que salió a la luz el *Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad Internacional de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos* en el año 2001⁴³⁹.

Si bien este es uno de los tantos temas del Derecho Internacional en que aún falta mucho recorrido por andar hasta llegar a la puerta de la plena efectividad, esta consideración que ya se está haciendo en la institucionalidad internacional de la violación de una norma de no discriminación como violación de una norma de *ius cogens* genera interesantes problemas en el marco de las relaciones entre estados y las violaciones a la legalidad internacional, al menos teóricamente, como el tema de la complementariedad que puede existir en algunos casos entre la responsabilidad estatal y la responsabilidad penal internacional o como la consideración de causales de exclusión de la ilicitud para defenderse de una acusación y tratar de impedir que una conducta que sería infracción de una obligación internacional sea considerada ilícita, todo lo cual hace que el tema sea nada despreciable.

⁴³⁸ Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁴³⁹ La Asamblea General en Resolución 56/83 de 12 de diciembre de 2001 “*tomó nota*” del proyecto elaborado por la Comisión de Derecho Internacional y “*decidió*” incluirlo en el Programa Provisional del año 2004. Ese año, correspondiendo al quincuagésimo período de sesiones, en la Resolución 59/35 “*señaló nuevamente a la atención de los gobiernos los artículos...*” y “*decidió*” incluirlo en el Programa Provisional de su sexagésimo segundo período de sesiones, que corresponde al año 2007. Durante ese período el tema fue incluido en el programa de trabajo de la Sexta Comisión y en la Resolución A/62/446 “*señaló nuevamente a la atención de los gobiernos los artículos...*” y “*decidió*” incluirlo en el Programa Provisional de su sexagésimo quinto período de sesiones - que corresponde al año 2010 - para seguir examinando la cuestión “*de una convención sobre la responsabilidad de los Estados por hechos internacionalmente ilícitos o la adopción de otro tipo de medida sobre la base de los artículos*”.

En esta lógica de ideas sí debo agregar que la no discriminación racial parece ser el tema que genera mayores consensos en orden a que hay más base “legal” al tenor de los pronunciamientos de la Corte Internacional de La Haya. Al menos a mí me genera menores cuestionamientos que la discriminación por razones como la *orientación sexual*, por ejemplo, que se trata de un criterio de identificación bastante relativo en su consideración de tal por algunos.

Al igual como me pronuncio enfáticamente por la tesis de que no hay dudas de que la prohibición de la esclavitud y la práctica del genocidio, para situarme en el *ius cogens* referente al ámbito de los derechos humanos⁴⁴⁰, forman parte de este grupo, mantengo ciertas dudas en cuanto a la norma de no discriminación expresada en general.

Por cierto en todo caso que la eventual calificación de la no discriminación como *ius cogens* supone reconocer que ella es obligatoria para todos los estados a partir de la *Carta de las Naciones*, de la *Declaración Universal de 1948* y de la formación de una norma consuetudinaria de carácter universal sobre su obligatoriedad.

De otra forma, el relativismo de los convenios que la consagran, tanto en cuanto muchos son sectoriales o regionales, y el mecanismo de las reservas y declaraciones que formulan los estados para limitar su obligatoriedad se opondrían de plano a ello⁴⁴¹.

4.2. Clasificando las Cláusulas de No Discriminación.

Las cláusulas sobre no discriminación, en la forma conceptualizada antes y estando entonces contenidas en diversos instrumentos de derechos humanos configuran parte esencial de lo que me atrevo a calificar de “Derecho Internacional de los Derechos Humanos Antidiscriminatorio”. A este agregó por cierto las normas de igualdad; las que contienen “acciones positivas” y las decisiones de los tribunales internacionales.

En las cláusulas de no discriminación son dos los contenidos a partir de los cuales se configuran y que permiten las clasificaciones que pasaré a exponer y que no son en caso alguno excluyentes entre sí sino por el contrario complementarias a la hora de caracterizar una cierta norma de no discriminación.

Estos contenidos son, en primer lugar, los derechos que la norma garantiza y respecto de los cuales se prohíbe dar un trato discriminatorio en su goce y ejercicio, y en segundo lugar, los

⁴⁴⁰ En efecto, ha dicho alguna doctrina que el *ius cogens* puede bien clasificarse en aquel que apunta a la estructura predominantemente interestatal del Derecho Internacional (igualdad de estados y principio de no intervención), mientras que otros se refieren a los grandes factores de transformación del Derecho Internacional en su proceso de institucionalización (prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza y su corolario de obligación de arreglo pacífico de las controversias) y todo el proceso de humanización (en que se enmarcan los derechos fundamentales de la persona humana y el derecho de los pueblos a la libre determinación). Véase Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, (cit.) pp. 284-285.

⁴⁴¹ Un importante trabajo explicatorio sobre los argumentos jurisprudenciales y doctrinarios para considerar a la no discriminación como una norma de *ius cogens* se encuentra en Mc Kean, W., *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1985, pp. 277-284.

criterios de diferenciación prohibidos de aplicar a la hora de dar un tratamiento al ser humano o a los grupos.

Sobre la base del juego de estos dos elementos (derechos y criterios de discriminación) se pueden categorizar las cláusulas de no discriminación en autónomas o no autónomas, y en cerradas y abiertas.

Por cierto, como toda clasificación en cualquier área del derecho, ella responde al criterio que asume y elige quien agrupa o divide. En este caso he optado por estas dos formas de caracterizarlas en una función clasificadora que evidentemente tiene una importancia pedagógica pero más importantes consecuencias en la práctica cuando llega el momento de buscar la norma que da mayor protección frente a una vulneración.

4.2.1. Cláusulas Autónomas y No Autónomas.

Las primeras son aquellas que consagran la no discriminación respecto de cualquier derecho, con independencia de que esté contenido o no en el instrumento que las contiene. Su autonomía radica en la práctica en que se puede producir su violación en si misma, sin necesidad de ser “conjugada” con otra norma del mismo texto que la contempla. El gran ejemplo y principal dada su vocación de universalidad es el artículo 26 del PIDCP⁴⁴².

Las segundas son aquellas que consagran la no discriminación sólo respecto de los derechos consagrados en el instrumento que la contiene. En tal sentido pueden llamarse también “cláusulas subordinadas” pues sólo se entiende que son violadas cuando concurre la violación de un derecho específico de aquellos que detalla el instrumento que la contiene. La mayoría de las cláusulas de no discriminación que se contienen en los tratados o declaraciones sobre derechos humanos son de este tipo, siendo el principal ejemplo el artículo 14 del CEDH⁴⁴³. Otros ejemplos son el artículo 2º de la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*⁴⁴⁴ y el artículo 7º de la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familias*, de 18 de diciembre de 1990, en vigor desde el 1 de julio de 2003⁴⁴⁵.

⁴⁴² “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

⁴⁴³ “El goce de los derechos y libertades reconocidos por el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁴⁴⁴ “Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”

⁴⁴⁵ “Los Estados Partes se comprometerán, de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, a respetar y asegurar a todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción los derechos previstos en la presente Convención, sin distinción alguna por motivos de sexo, raza, color, idioma, religión o convicción, opinión política o de otra índole, origen nacional, étnico o social, nacionalidad, edad, situación económica, patrimonio, estado civil, nacimiento o cualquier otra condición”.

4.2.2. Cláusulas Abiertas y Cerradas.

Esta clasificación tiene que ver con los criterios de discriminación que se incluyen en la norma y la consideración de si es una enumeración cerrada o una enumeración abierta de los criterios que se consideran sospechosos frente a las conductas discriminatorias.

En el primer caso se trata de cláusulas que prohíben la discriminación sólo cuando ella se produce en función de los criterios que allí se señalan. Estas son las que se llaman *cláusulas cerradas* de discriminación. Un ejemplo es el artículo 24 del PIDCP que si bien es una norma de carácter autónomo, lo es cerrada en cuanto a los criterios de discriminación⁴⁴⁶.

Las *cláusulas abiertas* son aquellas que usan al finalizar una fórmula residual que permite ampliar a otros rasgos o criterios de diferenciación la discriminación que prohíben en un cierto contexto. Ejemplo es el artículo 2º de la *Declaración Universal* de 1948⁴⁴⁷.

Sobre este tipo de norma abierta hay que hacer algunas precisiones.

En primer lugar, en relación al uso de fórmulas residuales para constituirse como cláusula abierta de no discriminación hay que tener presente que existen fórmulas más amplias y otras menos amplias.

Así, el ejemplo dado de la *Declaración Universal* es sin duda la fórmula residual de mayor amplitud: “*o cualquier otra condición*”.

En otros casos se usa la fórmula “*otra condición social*”, como ocurre con el artículo 2º.1º del PIDCP que establece el compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos del Pacto “...*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”, misma fórmula que usa el artículo 26 del mismo tratado.

Esto de “condición social” me merece las críticas que ya he señalado en otra parte de este trabajo⁴⁴⁸ porque si se diera una interpretación literal y restringida del texto se podrían entender como no protegidas condiciones no estrictamente derivadas de la vida en sociedad, cuando estas llegan a afectar el goce y ejercicio de derechos.

Insisto acá en que el tema no me parece menor y se prueba esa aseveración con algunas normas que hacen la distinción expresamente como ocurre en el artículo 14 de la Constitución Española de 1978 que señala que: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”. (el destacado es mío)

⁴⁴⁶ “1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento...”.

⁴⁴⁷ “1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

⁴⁴⁸ Véase en este capítulo el tema: “El concepto en los Pactos Internacionales de 1966”.

De todos modos no debe perderse de vista que los textos originales de los tratados en las distintas lenguas en que han sido aprobados como oficiales son diferentes en este sentido y así, frente a una fórmula menos amplia bien valdría invocar el texto en la lengua que use la mejor expresión conforme al caso de que se trata.

Por ejemplo, en la versión en español del PIDCP como ya he dicho el artículo 26 utiliza la fórmula “*o cualquier otra condición social*” pero la versión en inglés termina con la expresión “*or other status*” que bien puede ser interpretada de manera más amplia al igual que la fórmula del texto francés “*ou de toute autre situation*” que sin duda es la fórmula de mayor amplitud y no deja lugar a dudas en que puede considerarse cualquier condición o situación, sea social o netamente personal.

Una segunda precisión dice relación con la relevancia del criterio que se permitiría incluir en el caso de cláusulas no cerradas o abiertas.

Sobre esta relevancia hay mucho que decir.

En perspectiva histórica, los criterios más relevantes parecen ser los que desde siempre se han considerado sospechosos y que, como tales, han sido recogidos en la *Carta de Naciones Unidas* y repetidos en casi todos los textos posteriores. Estos son la raza, el sexo, el idioma y la religión.

Pero la vida cambia y cambian también los rasgos a partir de los cuales cada uno reivindica su identidad. Así, en cuanto a los criterios de discriminación habría que decir que se han ido ampliando conforme los ámbitos del actuar humano también lo hacen y evoluciona el propio ser humano en el marco de su vida en sociedad y evoluciona este concepto histórico y relativo que son los derechos humanos.

En efecto, hay otros criterios identitarios que han ido surgiendo con el desarrollo de la vida de la civilización humana, como la discapacidad en todas sus formas, o la *identidad de género* y la *orientación sexual*, por ejemplo.

Hasta hace unos años las personas discapacitadas eran consideradas “objetos” de los sistemas de atención, hoy es clara su condición de “sujetos de derechos”. Estamos viviendo el tránsito de lo que se llama “modelo rehabilitador” a un “modelo social”, que concibe a la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. El primero, vigente en buena parte del mundo hasta la década de los 90 concibe a este colectivo de personas como objeto de programas asistenciales o sanitarios; el segundo, que es el enfoque que se ha abierto camino en los planos nacional e internacional, se centra en la dignidad de la persona y sólo de manera accesorio y si es necesario, en sus características médicas⁴⁴⁹.

En el mismo orden de ideas y en un tema que será desarrollado en extenso en los capítulos que siguen, hace unas décadas la discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual* no estaba ni contemplaba en proyectos o en la labor de los tribunales internacionales de derechos humanos y la expresión *sexo* denotaba la distinción entre ser varón o ser mujer, entendiéndose que

⁴⁴⁹ Palacios, A., “El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables”, en Campoy, I. (Editor), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004, pp. 187-192.

todo lo que tenía que ver con *sexo* era un plano de los asuntos *femeninos*. Hoy la misma expresión lleva una serie de connotaciones que justamente inciden en posibles causas para ser discriminado y que tienen que ver con la asunción por las personas de que la *sexualidad* involucra mucho más que ser *hombre* o *mujer*, como ya se ha expuesto en el capítulo primero.

Así las cosas, resulta conveniente aclarar que cuando se habla de criterios, en realidad se está haciendo alusión a todas aquellas condiciones o características que conforman la identidad de cada uno, individual y colectivamente, en tanto no somos seres aislados sino que necesitamos y estamos llamados a vivir en sociedad y en esa vida en comunidad es donde vamos construyendo nuestra identidad, la que se integra evidentemente por varias facetas. Por cierto y como he adelantado, debe tratarse de aquellas condiciones que tienen relevancia en el eventual goce de derechos. Así, el ser alto o bajo; o tener el cabello marrón o colorín, no podría, por si sola, ser una circunstancia con relevancia a efectos del derecho.

Durante mucho tiempo estos rasgos identitarios o particulares no fueron considerados, como lo demuestra el análisis de la historia de los derechos fundamentales. Así lo relata y prueba muy bien el profesor Peces-Barba cuando considera, un cuarto período en su estudio sobre la evolución histórica de los derechos fundamentales, que denomina *período de especificación* y que señala se presenta en relación tanto con los titulares de los derechos, como en cuanto a su contenido.

En lo que interesa a este estudio, me refiero a la primera vertiente y comparto cuando indica sobre este proceso que “...es un avance del historicismo sobre el racionalismo y parte de la idea de considerar a los derechos más vinculados a las personas concretas de sus titulares. Se juzgan como relevantes algunas situaciones del genérico “hombre” o “ciudadano”, que exigen un tratamiento especial y que no se resuelven desde ese *homo iuridicus*”⁴⁵⁰. Agrega que se trata de circunstancias cuya relevancia deriva:

a) De condiciones sociales o culturales de personas que están en situación de inferioridad en las relaciones sociales y que requieren una protección especial, una garantía o una promoción para superar la discriminación, el desequilibrio o la desigualdad. En este grupo pone a las mujeres y a los emigrantes.

b) De una condición física de personas que por algún motivo se encuentran en situación de inferioridad en las relaciones sociales, la cual obliga a una protección especial que más que vinculada a la desigualdad asocia a la solidaridad o fraternidad. Este tipo de condiciones las clasifica en generales o específicas. Las primeras son aquellas que afectan a todas las personas durante un cierto tiempo, y pone como ejemplo los derechos de los niños. Las segundas afectan a algunas personas durante todo el tiempo, en algunos casos, o sólo en algún tiempo en otros casos y pone como ejemplos los derechos de las personas con discapacidad.

c) De la situación que las personas pueden ocupar en determinadas relaciones sociales, caso en que incluye al hombre en una circunstancia concreta, “situado” en un cierto lugar y que dan a la

⁴⁵⁰ Peces-Barba, G. *Lecciones (cit.)*, pp.120-121.

otra parte de la relación un papel preponderante y hegemónico que hacen necesario una protección reforzada. Cita como ejemplo al consumidor frente a las grandes empresas y en general a los usuarios⁴⁵¹.

“En las tres situaciones estamos ante *status* sociales que por razones culturales, físicas o psicológicas, y de papel en el seno de sociedades desarrolladas, llevan supuesta una debilidad que el Derecho intenta paliar o corregir, o dicho de otra manera, que suponen una diferencia con los modelos genéricos de destinatarios de los derechos fundamentales. Se parte de una desigualdad que se considera relevante, porque dificulta o impide el pleno desarrollo moral de las personas, fin último de los derechos, y se interviene para alcanzar la satisfacción de esas necesidades que impiden la igualdad mínima”⁴⁵².

En el marco actual de desarrollo del Derecho Internacional, y específicamente del de los Derechos Humanos, la relevancia de las condiciones de identidad es evidente y así, si cada uno tuviera que identificarse seguramente lo haría usando diversos criterios que son, en la mayoría de los casos, no excluyentes entre sí y que incluyen mucho más que la calificación en base a la raza, el sexo, el idioma o la religión.

De esta autocalificación de la identidad en base a diversos criterios puedo hacer inmediatamente una primera distinción que me dice que los criterios en virtud de los cuales se autoafirma la identidad de cada uno y a partir de los cuales se puede ser discriminado pueden ser *originarios o naturales* y *adquiridos*.

Los primeros serán aquellos que constituyen la identidad de un ser humano desde su nacimiento y que, en tal sentido son, por regla general, inmodificables. En este grupo está el *sexo* y la “raza” (o la nacionalidad en sentido estricto, considerando como base de atribución la regla jurídica del *ius solis*). Los segundos serán aquellos rasgos que cada ser humano va adquiriendo durante su vida y que van moldeando su identidad individual y colectiva, como la religión, la opinión política o la *identidad de género*.

Otra forma sería agruparlos diciendo que hay rasgos que son *involuntarios* y otros que son *voluntarios*.

Carbonell recoge este criterio cuando indica que tales rasgos o características, en general hacen referencia a: “1) situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en su virtud, no pueden modificar, o 2) posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa. Entre las primeras estarían las prohibiciones de discriminar por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico o nacional, sexo, etcétera, y en el segundo supuesto se ubicarían las

⁴⁵¹ Peces-Barba, G. *Lecciones (cit.)*, pp.121-122.

⁴⁵² Peces-Barba, G. *Lecciones (cit.)*, p.122.

prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso”⁴⁵³.

Otra forma es clasificarlos según sean criterios *individuales* o *sociales*.

Los primeros serían aquellos que marcan la identidad de cada individuo, con independencia de sus relaciones y vida en sociedad, tal como el *sexo* o la raza. Los segundos son aquellos criterios diferenciadores que se marcan a partir de las relaciones e interacciones con el medio que cada persona va desarrollando en su vida en sociedad, tal como el estado civil, la opinión política o la *orientación sexual*.

Ahora bien, tomando la idea de que esta investigación sobre la no discriminación se enmarca principalmente en la óptica jurídica, a partir del Derecho Internacional que surge con la *Carta de Naciones Unidas*, otra forma de agrupar los criterios de discriminación es desde su recepción en el plano positivo internacional.

Así, existen los cuatro criterios que están en la *Carta* y que se van a ir encontrando luego siempre en los desarrollos normativos del área los cuales ya he señalado: raza, sexo, idioma o religión, y que voy a llamar a efectos de este trabajo *criterios históricos* toda vez que reflejan lo que puedo llamar “el estado de la cuestión” al año 1945. Hay que decir en todo caso que además de la consideración histórica, se trata de los criterios más relevantes desde un punto de vista jurídico en virtud de lo dispuesto en el artículo 103 de la misma *Carta*⁴⁵⁴.

A partir de la *Declaración Universal* del 48 aparecen varios criterios adicionales a estos y que llamo para estos efectos *criterios contemporáneos de discriminación*, como son el color, la opinión política o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento.

Esta condición es un punto a favor de tal *Declaración* y la hace bastante precursora, especialmente frente a su homóloga americana, aprobada en mayo de 1948, que en su artículo II contempla como criterios expresos sólo la raza, el sexo, el idioma y el credo, aunque también prohíbe otras distinciones con la fórmula: “*ni otra alguna*”.

Los numerosos textos posteriores han ido incluyendo nuevos criterios y por su parte el trabajo de Naciones Unidas y de la jurisprudencia ha servido para que por la vía de las cláusulas abiertas se incorporen criterios no contenidos en los instrumentos clásicos como la ancianidad o mayor edad, la discapacidad, la *orientación sexual* o la condición de portador del VIH/SIDA, siendo este el criterio que se ha seguido en instancias internacionales en muchos casos ligados a la *identidad de género* o la *orientación sexual* cuando se quiere dar verdadero cumplimiento a la norma de no discriminar.

⁴⁵³ Carbonell, M., “Estudio Preliminar” (cit), p.14.

⁴⁵⁴ “En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”.

Finalmente, no huelga hacer un par de precisiones en torno a este tema de los criterios de discriminación.

Una primera es la consideración de que en muchos casos confluyen varios de ellos en una misma persona siendo los ejemplos más claros el caso de los discapacitados, las *mujeres* y hoy por hoy de las *minorías sexuales*, lo cual ha llevado al desarrollo y asunción de lo que ya he mencionado como la idea de “discriminación múltiple”, que hace alusión en términos simples, a aquellos casos en que confluyen varios criterios prohibidos en la situación que afecta a una persona.

Lo segundo es señalar que en muchos casos los instrumentos que usan algunos criterios por sobre otros lo hacen optando así por aquellos que se enmarcan más en la especificidad del instrumento de que se trate (del ámbito de la educación o del trabajo, por ejemplo) o usan variaciones terminológicas que no significan un cambio sustancial en el criterio considerado. Ejemplo de esto último. La *Convención de la UNESCO relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la esfera de la Enseñanza*, en su artículo 1º menciona como criterio “...la posición económica...”, que se reitera en el artículo 2º.1º del PIDCP y que entiendo debe estimarse como equivalente a la expresión “...fortuna...” que emplea el artículo 14 del CEDH.

4.3. Las principales Cláusulas de No Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En este último apartado de este capítulo quiero presentar una especie de “juego” entre las principales normas convencionales de no discriminación que se encuentran en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y que ya he ido mencionando a lo largo del trabajo por diversos motivos.

Hago presente que dejo aquí de lado los artículos de la *Declaración Universal* y de la *Declaración Americana* por la naturaleza del instrumento respectivo. También dejo fuera por su especificidad las cláusulas contenidas en los convenios sectoriales o específicos que he mencionado y los textos africanos, éstos por la falta de efectividad del sistema jurisprudencial que los ampara, como asimismo un análisis jurisprudencial que será materia de otro capítulo a propósito de la discriminación por *identidad de género y orientación sexual*.

Me referiré entonces a las principales normas de no discriminación contenidas en el PIDCP, en el CEDH y en el *Pacto de San José de Costa Rica* que son los textos vinculantes sobre protección de derechos humanos y no discriminación más relevantes en cuanto a su aplicación práctica, haciendo un análisis desde dos ópticas.

La primera dice relación con ver cómo se complementan o no las normas contenidas en los diversos acuerdos al modo de llegar a suplir vacíos de textos y lograr una mayor protección, al menos en la teoría, por la vía de consagrar normas autónomas y no autónomas, abiertas y cerradas.

La segunda se refiere al llamado “efecto horizontal” de las cláusulas de no discriminación, esto es, si llegan a cubrir o no la discriminación ocurrida por acto de privados otorgando al afectado una herramienta a partir de la cual pueda exigir que el estado bajo cuya jurisdicción está tenga que responder.

4.3.1. La complementariedad de las principales Cláusulas de No Discriminación.

Atendida su vocación de universalidad y su carácter autónomo y abierto, es el artículo 26 del PIDCP la norma de no discriminación más importante del sistema formal de protección de los derechos humanos; su invocación puede producirse tanto ante el órgano semi-jurisdiccional encargado de velar por la observancia del Pacto, el Comité de Derechos Humanos, como ante los tribunales internacionales de derechos humanos que están llamados a aplicar también los instrumentos internacionales vinculantes suscritos por los estados.

Dada la importancia de la norma, el Comité se ha encargado de precisar algunas cuestiones en relación justamente a su carácter en cuanto norma de no discriminación.

Específicamente, si la prohibición de discriminar contenida en el artículo 26 tiene o no un carácter autónomo, ante lo cual se ha encargado de reforzar este carácter autónomo; y si las causales de discriminación del artículo 26 constituyen una enumeración cerrada o se admiten otros criterios, punto sobre el cual ha dicho que se pueden incluir otros motivos.

Al respecto, la Observación General Nº 18⁴⁵⁵ relativa a la no discriminación en sus párrafos 12 y 13 da la solución a estas cuestiones del modo que he dicho⁴⁵⁶.

Ahora bien, este *Pacto* consagra las ideas de igualdad y no discriminación en varios de sus artículos, en un juego de normas autónomas, subordinadas, abiertas y cerradas.

Las normas más relevantes son además del artículo 26 y del 2º.1º, el artículo 3º, en el marco de la garantía del goce de derechos por igual para hombres y mujeres; el artículo 4º.1º, en relación a que en los casos de situaciones excepcionales de suspensión de las obligaciones del Pacto esta suspensión no debe entrañar discriminación alguna como ya he explicado; el artículo 14, a propósito de la igualdad de toda persona ante los tribunales y cortes de justicia; el artículo 20.2º, en el marco de la prohibición de toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación y que a la vez actúa como límite al ejercicio de otros derechos

⁴⁵⁵ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

⁴⁵⁶ “12. Si bien el artículo 2 del Pacto limita el ámbito de los derechos que han de protegerse contra la discriminación a los previstos en el Pacto, el artículo 26 no establece dicha limitación. Esto es, el artículo 26 declara que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley; también dispone que la ley garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra la discriminación por cualquiera de los motivos en él enumerados. A juicio del Comité, el artículo 26 no se limita a reiterar la garantía ya prevista en el artículo 2 sino que establece en sí un derecho autónomo. Prohíbe la discriminación de hecho o de derecho en cualquier esfera sujeta a la normativa y la protección de las autoridades públicas. Por lo tanto, el artículo 26 se refiere a las obligaciones que se imponen a los Estados Partes en lo que respecta a sus leyes y la aplicación de sus leyes. Por consiguiente, al aprobar una ley, un Estado Parte debe velar por que se cumpla el requisito establecido en el artículo 26 de que el contenido de dicha ley no sea discriminatorio. Dicho de otro modo, la aplicación del principio de no discriminación del artículo 26 no se limita al ámbito de los derechos enunciados en el Pacto.

13. Por último, el Comité observa que no toda diferenciación de trato constituirá una discriminación, si los criterios para tal diferenciación son razonables y objetivos y lo que se persigue es lograr un propósito legítimo en virtud del Pacto”.

también comprendidos en el Pacto como la libertad de expresión del artículo 19 o la libertad de asociación del artículo 22; el artículo 23.4º, a propósito de la igualdad de derechos y responsabilidades de los esposos en cuanto al matrimonio; el artículo 24.1º, referido a las medidas de protección a que tiene derecho todo niño, las que han de ser sin discriminación; el artículo 25, a propósito del ejercicio de derechos por los ciudadanos, y el artículo 27 que establece la consagración de los derechos de las personas que pertenezcan a minorías⁴⁵⁷.

Del juego de la lectura de estos artículos surgen de inmediato varias cuestiones en relación a la distinta forma de recoger la no discriminación en el texto del PIDCP, tanto en su análisis integrado como texto como en cuanto su análisis comparado con los otros tratados a que hago referencia en esta parte.

En primer lugar, es posible ver que la mayoría de estos artículos contienen una norma no autónoma o subordinada. Tal es el caso del artículo 2º.1º que tiene un carácter subordinado al referirse a los “*derechos reconocidos en el presente Pacto*”, lo que significa que no se puede violar por sí solo este artículo sino que su violación se produce siempre en relación a otro artículo del mismo acuerdo. La principal norma autónoma, la del artículo 26, es realmente importante para el tema objeto de este estudio pues consagra expresamente la idea como una transversal a todos los destinatarios de las normas de derechos humanos y lo hace con carácter autónomo, a diferencia de las principales normas que consagran la idea en otros textos como el artículo 1º.1º de la *Convención Americana* y el artículo 14 del *Convenio Europeo de Derechos Humanos*.

En segundo lugar, existen diferencias en la amplitud de los criterios de discriminación según las distintas situaciones en que se consagra el principio. En efecto, si se comparan los artículos 2º.1º y 26, por ejemplo con el artículo 24.1º, se constata una restricción en cuanto a la garantía de no discriminación a favor de los niños y con el artículo 4º una restricción frente a la suspensión de derechos. El artículo 2º.1º establece el compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos del Pacto “...*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”, misma fórmula que usa el artículo 26. El 24 en tanto, si bien es una norma de no discriminación de carácter autónomo, lo es cerrada en cuanto a los criterios de discriminación ya que señala “*1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento,...*”. Por su parte, el artículo 4º.1º contiene una enumeración taxativa de criterios en virtud de los cuales no se puede discriminar a la hora de suspender el ejercicio de los derechos del Pacto: “...*y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*”; no incluye el origen nacional, la posición económica o las opiniones políticas, por ejemplo.

⁴⁵⁷ Hago presente que no me referiré al artículo 27 porque el mismo se refiere a una protección especial, la establecida para las minorías, tema que no es parte de este estudio. Ella es diversa de la cláusula de no discriminación que tiene un alcance general a todo tipo de individuos o colectivos. Véase en todo caso en el Capítulo 3º el tema “La relevancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las luchas históricas contra las discriminaciones”.

La exclusión de una fórmula residual en los artículos 24.1º y 4º.1º es evidente, y entiendo que se salva sólo en el primero de los casos con la consagración de una norma general de no discriminación como la del artículo 26 por su carácter amplio, autónomo y el uso de la fórmula “*o cualquier otra condición social*”.

En efecto, existen situaciones particulares, algunas propias de la niñez o de la adolescencia como puede ser la *orientación sexual* o las características físicas (marcada obesidad por ejemplo) que no quedan cubiertas, pero que pueden quedar resguardadas a partir del artículo 2º.1º, si va en conjunción con otro derecho, y del artículo 26, si se trata de derechos no recogidos en el PIDCP.

En el caso del 4º.1º no ocurre esto, pues es claro que usa “*únicamente*” lo cual puede tener su origen en la relación existente normalmente entre las circunstancias excepcionales que ameritan la suspensión de derechos (catástrofes naturales o crisis políticas internas) en que pueda ser difícil establecer el límite de la objetividad en una discriminación fundada en criterios tan dotados de subjetividad y temporalidad como la posición económica o la opinión política.

En el mismo orden de ideas, en el artículo 20.2º se indica que debe prohibirse “*...Toda apología del odio nacional, racial o religioso...*” dejando fuera cualquier otra incitación a la discriminación, fundada por ejemplo en consideraciones como la *orientación sexual* o el nivel económico y que pueden producir similares nefastos efectos.

Por su parte, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, contiene la referencia a la idea en el artículo 1º.1º a propósito de la obligación estatal de respetar los derechos y libertades reconocidos en la propia Convención y garantizar su libre y pleno ejercicio “*...sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”.

Es decir, se trata de una norma no autónoma que usa también la fórmula residual pero restrictiva de “*otra condición social*”.

En el resto del articulado es posible ver que la igualdad y la no discriminación atraviesan todos los derechos que el Pacto consagra. En ese orden, el artículo 8º, sobre las garantías judiciales que se deben conceder en plena igualdad; el artículo 13, a propósito de la libertad de pensamiento y expresión, en el marco de la cual se prohíbe toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza, color, religión, idioma u origen nacional; el artículo 17, referente a la protección de la familia, en que se establece que las condiciones que fijen las leyes internas para contraer matrimonio no deben afectar el principio de no discriminación; el artículo 22, sobre el derecho de circulación y residencia de los extranjeros, los cuales no pueden ser expulsados o devueltos a lugares en que su vida o libertad personal corran peligro a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas; el artículo 23, sobre derechos políticos, los cuales pueden ser restringidos sólo por los criterios que allí se

mencionan: edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena penal; el artículo 24, que consagra la igualdad ante la ley y que todos tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley; el artículo 25, que garantiza el derecho de toda persona a un recurso efectivo ante los tribunales de justicia ante los actos que violen sus derechos fundamentales y que, por la relación con el artículo 1º debe ser garantizado sin discriminación; y el artículo 27, a propósito de la suspensión de garantías en los casos que menciona la norma, lo que en caso alguno puede entrañar discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

En general esta normativa americana se adecua bastante a la del PIDCP.

Así por ejemplo, al igual que hace el artículo 4º del PIDCP, el *Pacto de San José de Costa Rica* en su artículo 27.1º establece expresamente la prohibición de discriminar al momento de decretar la suspensión de garantías en las situaciones de emergencia que se preveen. Incluso reitera los mismos criterios en una enumeración cerrada: “...*motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social*”.

Esta constatación es importante pues la norma equivalente del CEDH, el artículo 15, no contiene esta referencia expresa a la no discriminación, lo que en todo se salva bajo la fórmula de que estas medidas de suspensión no deben estar en contradicción con las otras obligaciones que dimanen del Derecho Internacional, entre las cuales está la de no discriminar asumida en virtud del PIDCP.

En el marco europeo la gran norma es el artículo 14 del CEDH sobre cuyo carácter subordinado existe gran literatura a partir de los pronunciamientos que ha formulado la jurisprudencia en relación a este carácter no autónomo.

En efecto, el artículo citado sólo se refiere a la no discriminación en el goce de los derechos “*reconocidos por el presente convenio*”, los cuales si bien han aumentado a través de los varios protocolos adicionales suscritos, en caso alguno cubren la totalidad de derechos.

Por esta razón es que nace el *Protocolo Adicional N° 12* que establece una prohibición general de discriminación en el goce de toda clase de derechos. Su entrada en vigor busca reforzar la línea jurisprudencial que ya seguía hace años el TEDH, al incluir en los derechos respecto de los cuales rige la norma de no discriminación a aquellos no incluidos en el CEDH, como los económicos, sociales y culturales.

Al tenor literal en todo caso de la norma ella ha sido calificada por la doctrina y por la propia jurisprudencia de Estrasburgo como un derecho “indirecto”, al igual que el derecho a un recurso efectivo del artículo 13, considerando en buena medida “*como si el art. 14 fuese parte integrante de cada uno de los artículos del Convenio*”⁴⁵⁸. De lo que se trata es que esencialmente se estima que el derecho a no discriminación de esta norma es uno vinculado y dependiente de los otros derechos reconocidos.

⁴⁵⁸ Carmona, E., “La prohibición de Discriminación” (cit) p. 668

En la misma línea se ha establecido también por la jurisprudencia su carácter de derecho de aplicación subsidiaria en relación a los preceptos sustantivos del Convenio. Dicho en otras palabras, “*si se constata la violación de alguno de los derechos sustantivos, no es preciso examinar la posible vulneración de éstos con relación a la prohibición de discriminación del art.14*”⁴⁵⁹.

En cuanto a las causales de discriminación, la relación que hace el artículo 14 no es exhaustiva, sino que queda abierta a otras causales que se opongan a la igualdad de trato lo cual me parece es la mejor fórmula.

4.3.2. El llamado “efecto horizontal” de las principales Cláusulas de No Discriminación.

La segunda óptica de análisis que me he propuesto es ver si ellas tienen un “efecto horizontal”, es decir, si otorgan protección estatal frente a la discriminación que se produce en las esferas privadas y emana entonces de particulares.

Si se mira el diario vivir de las personas es fácil constatar que muchas formas de discriminación ocurren en los ámbitos privados de su vida, por ejemplo, en el empleo, en el hogar y la familia o en el acceso a ciertos lugares de entretenición y esparcimiento como restaurantes, gimnasios o piscinas. En esa perspectiva, una norma que sólo limite su campo de aplicación a la condena de prácticas discriminatorias que emanen del estado y sus agentes pierde bastante efectividad para los individuos

Ello parece ser especialmente importante cuando el análisis se centra en las *mujeres* o en las personas que sufren discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual* pues las mayores vulneraciones se producen en esferas privadas justamente: en el hogar y la familia, en el trabajo, en la escuela.

Lo óptimo es que los estados asuman también como obligación, no sólo evitar las discriminaciones directas o indirectas que puedan surgir de agentes estatales sino también prevenir, terminar y reparar la discriminaciones, también directas o indirectas, que se producen entre individuos, grupos y las distintas organizaciones del ámbito privado en que estos desarrollan su vida.

El tema no es menor y no está resuelto de manera clara y contundente en el marco positivo internacional, encontrando diferencias en los distintos sistemas, aunque con una tendencia cada vez más fuerte hacia su recepción y consolidación en un sentido pro derecho.

Así, en el ámbito universal el Comité de Derechos Humanos ha señalado que las obligaciones que asumen los estados en virtud del artículo 2º del *Pacto* no tienen este efecto horizontal aunque hay buenos argumentos de su propio accionar para la tesis contraria.

⁴⁵⁹ Carmona, E., “La prohibición de Discriminación” (cit), p. 670.

En su Observación General N° 31, de 29 de marzo de 2004⁴⁶⁰, relativa a la *Indole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados partes en el Pacto*, se pone de relieve la importancia de estas obligaciones y que ellas producen un efecto inmediato en todos los Estados Partes, siendo tanto de carácter negativo como positivo, destacando que se trata de obligaciones entre estados que en virtud de las reglas internacionales sobre el Derecho de los Tratados son vinculantes para ellos en su conjunto, afectando así a todos los poderes del estado y a las autoridades públicas de cualquier nivel. Específicamente sobre el efecto horizontal señala: “*El párrafo 1 del artículo 2 estipula que las obligaciones son vinculantes para los Estados Partes y que no producen, como tales, un efecto horizontal directo como cuestión de derecho internacional*”. Sin embargo agrega acto seguido que “*El Pacto no puede considerarse como un sustitutivo del derecho interno penal o civil. Sin embargo, las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas*”. Esta última parte parece ser una buena consideración entonces para afirmar que no puede usarse el principio de subsidiariedad del DIDDHH y el carácter “contractual” de los tratados multilaterales como argumentos para negar efecto horizontal a las normas, si bien claramente no todo hecho de privado que violente un derecho puede llegar a obligar al estado.

En relación al PIDESC parece existir más consenso en el sentido pro efecto horizontal como ha dicho el Comité respectivo recogiendo los Principios de Limburgo y las Directrices de Maastricht de 1997. Es decir, que el PIDESC no sólo obliga a los Estados a desistir de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados parte de prohibir a los particulares y a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquiera esfera de la vida pública⁴⁶¹. La Observación General N° 20 de este Comité, adoptada en julio de 2009, también ha reconocido la relevancia de la discriminación que se produce en la esfera privada, dando como ejemplos de estas esferas, la familia, el lugar de trabajo y otros sectores de la sociedad, como lo que tiene que ver con el sector privado de la vivienda o el crédito y pone justamente como ejemplo que la *orientación sexual* es uno de los motivos de discriminación en estas esferas, instando a que los estados aprueben medidas, incluso legislativas, “*para velar por que los individuos y entidades no apliquen motivos prohibidos de discriminación en la esfera privada*”⁴⁶².

En el ámbito americano es donde se ha entendido con mayor argumentación que está establecida una obligación de tipo horizontal. Ello en todo caso no surge directamente del *Pacto de San José de Costa Rica* en forma aislada ya que no tiene ninguna norma que de forma explícita permita entender asumida esta obligación por lo estados partes respecto de hechos de privados, sino que su

⁴⁶⁰ Contenida en el Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7

⁴⁶¹ Folleto Informativo N° 16 (Rev.1). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁴⁶² Doc. NU E/C.12/GC/20, párrafo 11.

consagración ha sido a partir del reconocimiento expreso en otros textos de este sistema y siguiendo los lineamientos fijados por los órganos del sistema americano que a partir de la relación de los artículos 1º y 2º del *Pacto*⁴⁶³ en la forma entendida por la jurisprudencia de la Corte americana ha sentado las bases para el deber de proteger contra todas las violaciones.

En efecto, en su primera sentencia, dictada en el *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*⁴⁶⁴ fue enfático en ello estableciendo que el deber de los estados de actuar con la debida diligencia frente a las violaciones de los derechos humanos abarca cuatro obligaciones: la prevención, la investigación, la sanción y la reparación de las violaciones para evitar la impunidad. Al respecto merecen atención los párrafos 172 y 174 que explicitan cómo la falta del deber de debida diligencia - y no el hecho violatorio emanado de un particular contra otro en sí mismo - puede llegar a comprometer al estado⁴⁶⁵.

La idea fue reforzada en dos emblemáticos fallos en casos de graves masacres como son el del *Caso de la Masacre de Mapiripán* y el *Caso de la Masacre de Pueblo Bello*, ambos *contra Colombia* que precisó que existen casos en que sí puede surgir la responsabilidad de los estados por hechos de particulares aunque precisando que ello no será automático y dependerá de las circunstancias del caso⁴⁶⁶.

En lo que toca a otros acuerdos específicos del ámbito americano, en concreto me refiero a la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, conocida también como *Convención de Belém do Pará*, de 9 de junio de 1994, en vigor desde el 5 de marzo de 1995, y la *Convención Interamericana sobre las personas con discapacidad*, de 1999, citada antes a propósito del concepto de discriminación que ella contiene.

El primero de estos textos consagra en su artículo 7º la condena de los estados partes de toda forma de violencia contra la mujer y el compromiso de adoptar por todos los medios posibles y sin dilaciones, políticas destinadas a prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y llevar a cabo una

⁴⁶³ Artículo 1º. Obligación de Respetar los Derechos: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Artículo 2º. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”.

⁴⁶⁴ *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Serie C N° 4, de 29 de julio de 1988. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁴⁶⁵ “172. Es, pues, claro que, en principio, es imputable al Estado toda violación a los derechos reconocidos por la Convención cumplida por un acto del poder público o de personas que actúan prevalidas de los poderes que ostentan por su carácter oficial. No obstante, no se agotan allí las situaciones en las cuales un Estado está obligado a prevenir, investigar y sancionar las violaciones a los derechos humanos, ni los supuestos en que su responsabilidad puede verse comprometida por efecto de una lesión a esos derechos. En efecto, un hecho ilícito violatorio de los derechos humanos que inicialmente no resulte imputable directamente a un Estado, por ejemplo, por ser obra de un particular o por no haberse identificado al autor de la trasgresión, puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado, no por ese hecho en sí mismo, sino por falta de la debida diligencia para prevenir la violación o para tratarla en los términos requeridos por la Convención. 174. El Estado está en el deber jurídico de prevenir, razonablemente, las violaciones de los derechos humanos, de investigar seriamente con los medios a su alcance las violaciones que se hayan cometido dentro del ámbito de su jurisdicción a fin de identificar a los responsables, de imponerles las sanciones pertinentes y de asegurar a la víctima una adecuada reparación”.

⁴⁶⁶ *Caso Masacre de Mapiripán con Colombia*, Serie C N° 134, de 15 de septiembre de 2005, párrafo 111. *Caso Masacre de Pueblo Bello con Colombia*, Serie C N° 140, de 31 de enero de 2006, párrafo 123. Disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

serie de medidas que enumera y que por su amplitud dan cuenta de que abarca tanto este compromiso frente a la violencia que pueda emanar contra la mujer de parte de un agente estatal como en su ámbito más privado.

El segundo de estos textos en tanto replica más o menos la misma fórmula en su artículo III que llega hasta incluir entre las medidas a que se comprometen los estados adoptar aquellas que sirvan para eliminar progresivamente la discriminación “*I. a)...y promover la integración por parte de las autoridades gubernamentales y/o entidades privadas...*”.

En el ámbito europeo en tanto en los trabajos preparatorios al *Protocolo Adicional N° 12* se ha dejado constancia que la prohibición general de no discriminar que se consagra no tiene este efecto horizontal a pesar del artículo 1° que bien ampara en este caso⁴⁶⁷.

Se ha dicho: “*The wording of Article 1 reflects a balanced approach to possible positive obligations of the Parties under this provision. This concerns the question to what extent Article 1 obliges the Parties to take measures to prevent discrimination, even when discrimination occurs in relations between private persons (so-called “indirect horizontal effects”). The same question arises as regards measures to remedy instances of discrimination. While such positive obligations cannot be excluded altogether, the prime objective of Article 1 is to embody a negative obligation for the Parties: the obligation not to discriminate against individuals. On the one hand, Article 1 protects against discrimination by public authorities. The Article is not to impose a general positive obligation on the Parties to take measures to prevent or remedy all instances of discrimination in relations between private persons*”⁴⁶⁸.

Si bien entonces se hizo referencia a esta cuestión en la elaboración del *Protocolo* citado y aunque en una primera lectura las palabras van en un claro sentido, no hay que perder nunca de vista las segundas lecturas que se pueden hacer de los textos y ahí una interpretación teleológica cobra importancia para entender que si bien la primera obligación que se asume es una obligación negativa para los estados partes (no discriminar) no se puede excluir por completo la obligación positiva de tomar medidas para prevenir o remediar toda instancia de discriminación en las relaciones entre particulares.

Esta segunda lectura me hace indicar que ya el hecho de referirse expresamente al efecto horizontal es un primer buen paso a estimar que se entiende la utilidad de dar este efecto a las normas de no discriminación. Por lo demás, creo que hay abono a esta lectura en el artículo 17 del CEDH⁴⁶⁹.

Por cierto, esta es una lectura optimista y realista, que parece seguir progresivamente la jurisprudencia internacional al ir desarrollando en sus sentencias la noción de “deber de

⁴⁶⁷ Artículo 1: “*Obligación de respetar los derechos humanos. Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio*”.

⁴⁶⁸ *Explanatory Report on Protocol N° 12* (cit) párrafo 25.

⁴⁶⁹ Artículo 17. Prohibición del abuso de derecho. “*Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendiente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo*”.

prevención” o “deber de debida diligencia” en relación a la responsabilidad de los Estados por actos de particulares, tema al que iré al referirme a esta cuestión en los capítulos siguientes en materia de la discriminación a la *mujer* y por *identidad de género y orientación sexual*, pues parece ser ese un ámbito en que la determinación de la frontera entre lo que es un deber de un estado y lo que es un simple acto criminal frente al que está llamado a intervenir el Derecho Penal interno es claramente más difícil de definir, siendo evidente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede transformarse en un sustituto de los ordenamientos internos que deben velar por el control de la criminalidad entre los habitantes de un territorio⁴⁷⁰.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO.

En este capítulo he pretendido cerrar el marco teórico necesario para comprender cómo se protege hoy contra las discriminaciones por *identidad de género y orientación sexual* mostrando el cómo se ha trabajado la no discriminación en las esferas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Resulta entonces de esta presentación que las precisiones que es necesario hacer no son pocas, partiendo de que no toda forma de “distinguir” - en un sentido clásico del término - es en sí misma una forma de “discriminar” y cómo la no discriminación, en cuanto manifestación normativa de la igualdad - sea que alguien discuta si debe ser entendida como valor, principio, mandato o norma - tiene distintas expresiones que pueden conjugarse a la hora de buscar la mayor protección a las personas en el goce y ejercicio de sus derechos.

⁴⁷⁰ Dos pronunciamientos relevantes sobre el “deber de prevención” son, en el ámbito europeo el *Caso Osman versus Turquía*, (Application N° 23452/94) fallado el 28 de octubre de 1998 y en el ámbito americano el llamado *Caso Masacre Pueblo Bello con Colombia*, resuelto el 31 de enero de 2006. Un importante análisis doctrinario con base jurisprudencial realiza el Juez del sistema americano Diego García-Sayán en su voto concurrente en el fallo del *Caso González y Otras (Campo Algodonero) con México*, Serie C N° 205, de 16 de noviembre de 2009. Disponibles en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=osman&sessionid=53922612&skin=hudoc-en> y <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>, respectivamente (último acceso: 7 de enero de 2011)

SEGUNDA PARTE

**DISCRIMINACION Y SEXUALIDAD EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS
DERECHOS HUMANOS.**

CAPITULO TERCERO

UN REPASO POR LA DISCRIMINACION EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS CON UNA ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCRIMINACION POR *SEXO*

INTRODUCCION AL CAPITULO.

En este capítulo se busca mostrar la importancia que ha tenido el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en lo que han sido los caminos de muchos individuos para terminar con las distinciones odiosas, injustificadas y faltas de razonabilidad que conforman jurídicamente una discriminación en sus derechos, mostrando en especial lo que ha sido la evolución de este orden normativo frente a estas distinciones en la historia de las *mujeres*, entendiendo que constituyen un grupo discriminado sistemáticamente, ayer y hoy.

Sobre la base de entender este Derecho en sus manifestaciones formales, tanto de nivel normativo como institucional y jurisprudencial, e incluyendo algunas referencias a instrumentos de carácter “blando” - el llamado *soft law* - se hace entonces un repaso general por la garantía de no discriminación por los criterios llamados “históricos” para llegar a detenerse en las *mujeres*, mostrando las distintas líneas de argumentación que se han ido construyendo en los últimos años en estos desarrollos, sea en un sentido restrictivo o sea en un sentido amplio.

Esta relación servirá para mostrar cómo tales manifestaciones centradas en ellas corresponden a la lucha contra la discriminación por *sexo*, siendo mayores a los desarrollos a favor de la no discriminación por manifestaciones de la *sexualidad* que escapan de la distinción entre *hombres* y *mujeres* o de todo aquello que se considera “normal”, entendiendo que es normal aquello que es más frecuente entre las personas.

1. LA RELEVANCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS LUCHAS HISTORICAS CONTRA LAS DISCRIMINACIONES.

La vida que desarrollamos en sociedad queda condicionada por los distintos órdenes normativos que la rigen. Desde que nacemos y hasta la muerte, en forma consciente o inconsciente estamos sometidos a normas religiosas, morales o éticas, sociales y por cierto jurídicas, diferentes según la cultura en que nos toca o en que decidimos desarrollarnos y cuya obediencia puede determinar o condicionar nuestra integración o nuestra exclusión social.

Entendiendo que una norma es un precepto que busca guiar las conductas humanas y siendo ese el rasgo que une a todos los órdenes normativos enunciados, me eximo en este trabajo de hablar

de cómo los otros inciden en los comportamientos de la sexualidad, salvo en cuanto condicionan o se relacionan con el jurídico en muchos casos.

Dicho en otras palabras, no haré en esta parte un cuestionamiento acabado o un juicio de valor sobre los preceptos religiosos, morales o sociales de cada civilización o cultura que indican tal o cual cosa frente a las conductas sexuales descritas de forma genérica en el capítulo primero⁴⁷¹ sino que iré a lo jurídico y, específicamente, al orden normativo internacional que está llamado a evitar que por desarrollar la *sexualidad* y vivirla como cada uno o cada una quiere o estima que una cierta norma moral o religiosa le indica que debe hacerlo, sea discriminado y el estado bajo cuya jurisdicción se encuentra no pueda o no quiera hacer nada para reparar esa violación o prevenirla.

En esta lógica lo que haré es adscribir a una concepción normativa del Derecho como la que postula Norberto Bobbio y que me parece más completa que los enfoques meramente institucionales o relacionales como forma de entender el Derecho, entendiendo que éste se concibe como *sistema de normas o reglas de conducta que determinan como debemos comportarnos*.

En tal sentido, postulo que las normas jurídicas no deben elaborarse en un abstracto “ciego” que no mire a la realidad que van a regular. Es decir, la elaboración de las normas que buscan indicar cómo *debería ser* nuestro comportamiento, deben basarse a la vez en *cómo es* la sociedad a fin de que realmente logren su objetivo de bien común para la sociedad a través de la influencia en el comportamiento de los individuos y grupos. La abstracción y neutralidad que se busca en cada norma no debe encontrarse sin atender a ciertas diferencias, necesarias para que logren su fin de bien común. Se trata de que la norma sea neutral en el sentido de aplicarse a todos y todas por igual pero no que lo sea en cuanto a su contenido.

De este modo, conocer cómo es y cómo cambia la sociedad y sus integrantes, tiene que servir a los operadores jurídicos - internos e internacionales - a la hora de adoptar decisiones en el plano normativo que luego se han de proyectar en los planos institucionales o jurisprudenciales.

En esa lógica hay que reconocer que la sociedad ha transitado en una concepción que estimaba que siendo la igualdad y su manifestación de no discriminar una orientada a proteger a las personas pertenecientes a los grupos desde antiguo más vulnerables (grupos raciales, grupos lingüísticos, grupos religiosos y mujeres) hoy debe pensarse en que muchos individuos - e incluso muchos colectivos - se ven marginados en el goce y ejercicio de derechos fundamentales en razón de algún rasgo o característica que manifiestan y/o comparten y que viven de manera especial para formar su identidad y que antes no eran reconocidos como un rasgo de autoidentificación.

Efectivamente, hoy existe una sentida preocupación por los refugiados, los desplazados, los pueblos indígenas, los migrantes y sus familias, los discapacitados y muchos otros grupos que de a poco empezaron a levantar su voz como personas integrantes de colectivos discriminados y reclamantes de protección fuera de lo netamente estatal durante los últimos sesenta años. Dentro de estos grupos se encuentran quienes tienen una particular *identidad de género*, que sale de la

⁴⁷¹ Véase en el Capítulo 1 el tema “Perspectivas Culturales. Sexualidad Humana y Civilizaciones”.

dicotomía *masculinofemenino*, como son los *transgéneros*, y quienes sienten una *orientación sexual* diversa de la *heterosexual*, considerada ésta la más frecuente entre las personas.

En esta realidad contemporánea, la verdad es que cuando el Derecho Internacional se sitúa frente a cada uno de estos grupos de individuos desde que empieza a preocuparse de ellos en sus desarrollos normativos lo hace de manera disímil, dando cabida y protección frente a la no discriminación de un modo bastante diverso, lo que evidentemente tiene su proyección también en lo institucional y jurisprudencial.

La prueba de lo anterior resulta de analizar - breve pero rigurosamente - el marco normativo que se ha dado a la no discriminación en el caso de las personas pertenecientes a grupos tradicionalmente vulnerados y que corresponden a los criterios recogidos en los primeros y principales instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (los que he llamado *criterios históricos*: raza, sexo, idioma o religión⁴⁷²) y que son los receptores de una mayor protección. Buscando antecedentes desde el inicio del sistema universal resulta más o menos fácil probar que, si bien con problemas y fallas, los mecanismos del Derecho Internacional al menos han existido y cuentan incluso con antecedentes normativos de antigua data en que se han apoyado o que se han pretendido corregir o perfeccionar.

En el caso de la lucha contra la discriminación racial, en el contexto de los estudios sobre igualdad y la no discriminación como una de sus manifestaciones, se suele entender que la raza “no sólo hace referencia a los grupos étnicos con rasgos genéticos o biológicos diferenciados que se reflejan en características físicas hereditarias, sino también a las comunidades histórica o culturalmente definidas, que conservan conscientemente sus propias señas de identidad”⁴⁷³, concepción amplia bajo la cual sería posible entender incluida por esta vía la protección a las etnias, las minorías nacionales y aún hasta los pueblos indígenas u originarios y coloniales, todos los cuales han sido objeto de desarrollos protectorios aunque sea en diversos sentidos y con distinto alcance, especialmente en el caso de los pueblos indígenas, sin duda uno de los grupos cuya protección ha sido más lenta y difícil en el ámbito internacional por sus especiales características que los ponen en un lugar aparte al del resto de grupos así considerados⁴⁷⁴.

⁴⁷² Véase en el Capítulo 2 el tema “Las Distintas Cláusulas de No Discriminación en Derechos Humanos en el Derecho Internacional”.

⁴⁷³ Bilbao, J.M. y Rey F., “*El Principio Constitucional*” (cit), p.183.

⁴⁷⁴ Logros específicos en el Sistema Universal a favor de los pueblos indígenas en un largo y lento camino han sido el establecimiento de un Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas (Res. 1982/34 ECOSOC); el Informe “Martínez Cobo” (E/CN.4/Sub.2/1986/7); el nombramiento de un Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas (Res. 2001/57 CDH); el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas (Res. E/RES/2000/22 ECOSOC); los Decenios Internacionales de las Poblaciones Indígenas (1995-2004 y 2005-2014) y el que ha sido el logro normativo más relevante en este ámbito es la *Declaración de Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas*, de 13 de septiembre, (A/RES/61/295) que en su artículo 1º señala que: “*Los indígenas tienen derecho, como pueblos o como personas, al disfrute pleno de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales reconocidos por la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la normativa internacional de los derechos humanos*” y en el artículo 3º trata del derecho a la libre determinación. Además, varias agencias del sistema de Naciones Unidas han trabajado a su favor y la consideración indígena se ha incorporado en Conferencias Internacionales y sus documentos finales. Fuera de estos márgenes, el desarrollo más relevante es el *Convenio OIT N° 169 sobre Pueblos Tribales e Indígenas en Países Independientes*, de 27 de junio de 1989, en vigor desde 1991 y con 22 estados partes a septiembre del año 2010, que vino a revisar el *Convenio OIT N° 107*, del año 1957, recogiendo una concepción diferente a la que había primado hasta ese momento internacionalmente en orden a que los pueblos indígenas constituyen sociedades con el derecho permanente a determinar sus procesos de desarrollo participando en la toma de

En razón de su mandato⁴⁷⁵ y preocupada por el tema del racismo que marcaba buena parte del mundo tras la Segunda Guerra Mundial, la UNESCO ha promovido la redacción de cuatro textos sobre racismo, en la forma de declaraciones y una convención de alcance amplio sobre la discriminación en el ámbito de la enseñanza, todo ello en el período histórico que va entre 1950 y 1967⁴⁷⁶.

En el marco del trabajo de la ONU, el tratado más relevante es la *Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, de 1965, que además de aportar un concepto de discriminación ya analizado, crea un órgano de vigilancia para sus disposiciones, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial con competencia para conocer de denuncias de otros Estados o aún de personas o grupos de personas que se encuentren bajo jurisdicción de un estado que le reconoce al Comité dicha competencia. Su antecedente estuvo en la *Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial*, proclamada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1963, cuya importancia ha resultado menor por los desarrollos logrados en la Convención señalada, especialmente en cuanto al concepto de discriminación que contempla⁴⁷⁷.

A ellas hay que sumar la *Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid*, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 3068 (XXVIII), de 30 de noviembre de 1973, y en vigor desde el 18 de julio de 1976, que responde a la condena mundial de tipo formal al régimen de segregación racial que vivió Sudáfrica en forma institucionalizada por parte del Partido Nacional Sud Africano entre los años 1948 y 1990 que vino a complementarse años más tarde con la *Convención de Naciones Unidas contra el Apartheid en el Deporte*, adoptada el 10 de diciembre de 1985, en vigor desde el 3 de abril de 1988 y que tuvo por antecedente la *Declaración Internacional contra el Apartheid en el Deporte*, adoptada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 32/105 M,

decisiones que afectan sus vidas y a sus comunidades, como forma de conservar su identidad y luchar contra la histórica discriminación.

⁴⁷⁵ El artículo I.1. de la Constitución de la UNESCO señala que su Propósito es “contribuir a la paz y a la seguridad estrechando, mediante la educación, la ciencia y la cultura, la colaboración entre las naciones, a fin de asegurar el respeto universal a la justicia, a la ley, a los derechos humanos y a las libertades fundamentales que sin distinción de raza, sexo, idioma o religión, la Carta de las Naciones Unidas reconoce a todos los pueblos del mundo”.

⁴⁷⁶ Estos textos no vinculantes son la *Declaración de la UNESCO sobre la Raza*, de 1950; la *Declaración de la UNESCO sobre la Naturaleza de la Raza y sobre las Diferencias Raciales*, de 1951; la *Declaración de la UNESCO Propuestas sobre los aspectos biológicos o la cuestión racial*, de 1964; y la *Declaración de la UNESCO sobre la Raza y el Prejuicio Racial*, de 1978, que introdujo por vez primera de manera clara en el ámbito internacional la idea de igualdad en la pertenencia a la especie humana y a la vez derecho a la diferencia. Su artículo 1º señala: “1. Todos los seres humanos pertenecen a la misma especie y tienen el mismo origen. Nacen iguales en dignidad y derechos y todos forman parte integrante de la humanidad. 2. Todos los individuos y los grupos tienen derecho a ser diferentes, a considerarse y ser considerados como tales. 3. La identidad de origen no afecta en modo alguno la facultad que tienen los seres humanos de vivir diferentemente, ni las diferencias fundadas en la diversidad de las culturas, del medio ambiente y de la historia, ni el derecho de conservar la identidad cultural”. Este texto incorpora ideas y conceptos novedosos al tomar la perspectiva científica en sus postulados: “Toda teoría que invoque una superioridad o inferioridad intrínseca de grupos raciales o étnicos que dé a unos el derecho de dominar o eliminar a los demás, presuntos inferiores, o que haga juicios de valor basados en una diferencia racial, carece de fundamento científico y es contraria a los principios morales y éticos de la humanidad”, y pone énfasis además en la necesidad de proteger la identidad de cada persona y el pleno desarrollo de los grupos. De manera que junto con reconocer solemnemente la diversidad entre los seres humanos acoge también la diversidad entre grupos. En el ámbito netamente convencional el gran instrumento de la UNESCO ha sido la *Convención relativa a la lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza*, adoptada por la Conferencia General en su 11ª. Reunión del año 1962 que junto con aportar a la conceptualización positiva de la discriminación pone en primer lugar a la raza dentro de los grupos víctimas de las distinciones, exclusiones, limitaciones o preferencias que señala y refiere frecuentemente en el texto a las naciones y los grupos raciales.

⁴⁷⁷ Véase en el Capítulo 2 el tema “La conceptualización positiva internacional de la Discriminación en Derechos Humanos”.

del 14 de diciembre de 1977 con el objetivo de condenar las políticas y prácticas de ese sistema de discriminación en actividades deportivas, sean profesionales o aficionadas.

Con estas breves referencias normativas es fácil entonces probar que al menos en el discurso formal la lucha contra la exclusión por raza - en un amplio sentido que incluye no sólo la raza sino también el color, el linaje o el origen nacional o étnico - ha sido una constante desde el advenimiento del nuevo orden internacional de derechos humanos.

En el mismo orden de ideas, similar ejercicio se puede hacer frente a la discriminación lingüística y frente a la discriminación religiosa, entendidas ambas como discriminaciones por criterios “históricos” y en que se manifiesta con gran claridad el juego complejo de los derechos individuales con los derechos colectivos, con todo y los cuestionamientos doctrinarios y jurídicos que trae aún hablar de derechos colectivos - desde quién es en realidad el titular, hasta quién ejerce la representación de tales derechos colectivos - frente a la exaltada individualidad que ha tenido el contemporáneo discurso de los derechos humanos.

Efectivamente en los últimos años y tras lamentables episodios que han vinculado a minorías nacionales, étnicas, religiosas o lingüísticas, se ha producido un avance sustancial en las reivindicaciones de una identidad ya no sólo de los individuos que forman esos grupos sino también de tales grupos en cuanto colectivos, es decir, en cuanto sujetos colectivos que buscan diferenciarse y ejercer sin discriminaciones los derechos que marcan esa diferencia, teniendo presente y a la vista que la introducción de las ideas de minorías, grupos y derechos colectivos en el lenguaje contemporáneo de los derechos humanos responde a aquellos casos en que hay una unión que tiene un carácter más o menos permanente y que toma por base fundamentos biológicos, históricos o culturales en un amplio sentido, lo que deja fuera de estas categorías a grupos de personas que si bien comparten una situación de vulneración no tienen un lazo comparable a estos factores, como es el caso de los discapacitados o, para este trabajo, los *transgéneros* y los *homosexuales*⁴⁷⁸.

Ahora bien, con la prevención recién formulada habría que decir que en teoría y en una simple aproximación, la primera de estas formas de discriminación se da en aquellos lugares en que existe pluralidad de lenguas, respecto de quienes no hablan la lengua dominante. Si bien en principio suele pensarse como un problema de asiento más bien europeo, lo cierto es que no es exclusivo de tal continente. El proceso de descolonización africano, considerando como un antecedente remoto la división territorial provocada en el Congreso de Berlín en 1855 y la convicción de superioridad europea que inspiró ambos procesos, ha llevado a que en varios actuales

⁴⁷⁸ Desde la filosofía política y jurídica el autor español Nicolás López Calera se ha preocupado del tema de los derechos colectivos y las relaciones de todo orden que se producen con la teoría del individualismo como sustento original de los derechos, entendiendo como idea central que el problema más conflictivo de los derechos colectivos, tanto a nivel teórico como práctico, es su armonización con los derechos individuales. En esa lógica plantea que encierran un problema global de lo que llama las “tres fundamentaciones” en donde la cuestión de los derechos colectivos está oscura. La primera es la fundamentación de la entidad de los sujetos colectivos; la segunda tiene que ver con el sentido moral o la responsabilidad de y por el ejercicio de esos derechos colectivos, y la tercera es la fundamentación de los posibles derechos colectivos no definidos por un orden jurídico positivo. Véase en particular López C., N., *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000. También véase sobre el tema Gauché, X. “El conflicto entre la universalidad de los Derechos Humanos y la existencia de Minorías en la sociedad internacional contemporánea”, en *Conflictos de Identidades y Política Internacional*, Editorial RIL, Santiago, 2005, pp.105-151.

estados africanos se hablen muchas lenguas, por distintos grupos, con los consecuentes problemas que surgen por el ejercicio de diversas realidades lingüísticas. En Asia la situación en cuanto a variedad no difiere mucho si se mira lo que es la enorme cantidad de grupos étnicos desplegados por los países de ese continente - con el caso emblemático de China - y la gran cantidad de lenguas y dialectos, pudiendo decirse algo parecido de América y de Oceanía⁴⁷⁹.

Pese a su relevancia, en general las reivindicaciones lingüísticas no tuvieron gran cabida al considerarse que el tema de las minorías - considerando la cuestión de la existencia de eventuales derechos colectivos de las minorías nacionales, étnicas, religiosas y lingüísticas - no sería parte inmediata de los trabajos de la recién creada ONU, lo que quedó patente en la Resolución 217 c (III), de 10 de diciembre de 1948, sobre la *Suerte de las Minorías*, en que si bien se reconoce que no se puede permanecer indiferente frente a ellas y visto el carácter universal de la *Declaración Universal*, no se tratará específicamente la cuestión de las minorías, remitiendo el tema al Consejo Económico y Social para que estudie el tema “*a fin de que las Naciones Unidas puedan adoptar medidas eficaces para la protección de las minorías étnicas, nacionales, religiosas y lingüísticas*”.

Esta decisión obedeció a la convicción de esos años de que cuando los derechos de alguien son vulnerados o restringidos como consecuencia de alguna característica o rasgo que es grupal, como lo son la raza, la etnia o el origen nacional, la lengua o la religión, el problema se tenía que resolver desde la óptica individual y lo que es la aplicación de la norma de no discriminación consagrada.

Pese a ello, en los primeros mecanismos formales lo relativo a los derechos de las personas pertenecientes a minorías lingüísticas buscó un espacio sobre la base de la misma norma de no discriminar del artículo 2° de la *Declaración Universal*, único precepto de ese instrumento que se refiere a la lengua y la discriminación sufrida en razón de ella, encontrando luego su mayor reconocimiento en el artículo 27 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y por cierto en general en casi todas las cláusulas de no discriminación que se han ido recogiendo en los tratados del sistema universal y de los sistemas regionales.

Ahora bien, el estudio de la doctrina y el derecho formulado en el marco de esta tesis me permite decir que el primer gran criterio por el cual se ha dado la discriminación entre los seres humanos y en que ha habido preocupación normativa ha sido la religión, sin perjuicio de lo que diré luego sobre el *sexo* y la discriminación que ha afectado desde siempre a las mujeres. En otras palabras, considerando a *hombres y mujeres* por igual, ha sido la religión la causa más antigua de la

⁴⁷⁹ En el caso de estas exclusiones idiomáticas en los tratados e instrumentos surgidos en el seno del sistema de Sociedad de las Naciones hubo un incipiente reconocimiento, sobre la base del nuevo ordenamiento motivado por razones de seguridad en el tiempo post-primer guerra mundial y la desmembración en Europa Central y Oriental de los Imperios Austrohúngaro y Otomano que, como indica Fernández Liesa, lamentablemente fue en gran medida olvidado en el derecho internacional contemporáneo. El autor resume esta protección normativa como referida fundamentalmente a tres aspectos: principio de libertad de uso de la lengua en las relaciones privadas; lengua y relaciones con la Administración, fundamentalmente con la Administración de Justicia, y derechos lingüísticos en el sistema educativo. Este núcleo normativo estaría esencialmente recogido en la Declaración de Albania; el Convenio de Saint Germain en Laye (Austria); el Tratado de Neuilly (Bulgaria); los artículos 1° y 2, sobre las Islas Aaland; el Tratado con Grecia; el Tratado de Trianon (Hungría); la Declaración de Letonia; el Tratado con Polonia. Fernández Liesa, C., *Derechos lingüísticos y derecho internacional*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, N° 12, Editorial Dykinson, 1999, pp. 46-47.

exclusión y el trato de inferioridad en que consiste la discriminación y la primera respecto de la cual se ha intentado dar un marco normativo.

Como he afirmado antes siguiendo a Huntington, la religión ha sido por siglos un elemento estructurador de civilizaciones y a la vez razón de grandes conflictos, pudiendo llegar a matarse dos personas que comparten etnicidad y lengua por creer en divinidades diferentes⁴⁸⁰. En torno a la misma consideración, Bobbio indica en su análisis sobre la tolerancia, expresión respecto de la cual concibe dos usos en función de su utilización en diferentes contextos asociados a un tema histórico, que la primera connotación es una predominantemente histórica y vinculada justamente al tema de la religión. “Cuando se habla de tolerancia con ese significado histórico predominante, se hace referencia al problema de la convivencia entre distintas creencias, primero religiosas...”⁴⁸¹.

Esta circunstancia entonces, como no podía ser de otro modo, ha tenido su reflejo en el orden normativo. Si se analizan los antecedentes histórico-positivos sobre la protección del ser humano, puede constatarse que buena parte de las primeras normas referidas a individuos van vinculadas a la religión. Ello tendría su explicación en la circunstancia de que surgen en Europa y son relativas justamente a las minorías religiosas en esa parte del mundo, recordando la incidencia que este factor ha tenido en esa zona del planeta y el largo tiempo de guerra vivido por esa razón en el viejo continente⁴⁸². Hay que decir en todo caso que esta protección no tenía por fundamento la dignidad humana, que no era considerada por aquellos tiempos un valor sobre el que hubiera consciencia mundial en cuanto a la necesidad de su protección, sino que se inspira en la filosofía de

⁴⁸⁰ Huntington S.P., *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Traducción de José Pedro Tosaus, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1997, p.47.

⁴⁸¹ El segundo enfoque de Bobbio es el que es el actual en términos temporales, que se refiere a la convivencia entre los que son “diferentes”, citando como ejemplo a los homosexuales, los dementes o los incapacitados. Se trata para el autor de dos formas y problemas diversos. “Una cosa es el problema de la tolerancia de creencias u opiniones distintas, que implica una argumentación sobre la verdad y la compatibilidad teórica o práctica de verdades contrapuestas, y otra, el problema de tolerancia hacia los diferentes por razones físicas o sociales, problema que sitúa en primer plano el tema del prejuicio, y de la consiguiente discriminación”. Si bien hace esta distinción que no comparto estrictamente por estimarla un tanto forzada, lo menciono acá porque ratifica la idea de que en el tiempo, las diferencias religiosas son las primeras que han dado lugar a controversias sobre la aceptación y la convivencia entre iguales y desiguales. Se puede encontrar toda su línea argumental sobre la tolerancia y las distintas formas que en esta se presenta en Bobbio, N. “Las razones de la tolerancia”, en Bobbio, N., *El tiempo de los Derechos (cit.)* pp. 243 -256.

⁴⁸² Un antecedente relevante es el Edicto de Nantes en Francia, de 1598, y que se puede considerar la primera consagración positiva de la tolerancia en relación a la libertad religiosa, aún cuando dicha palabra no estaba concebida en aquellos tiempos en la forma que hoy se entiende, esto es, como aceptación del otro con sus diferencias y respeto por esa diferencia. Por este Edicto Enrique IV autoriza la libertad de culto a los protestantes, con ciertos límites, y con él se puso término a las guerras de religión que azotaron Francia durante el siglo XVI y que tuvieron su punto de partida en la Matanza de San Bartolomé. Hay que decir en todo caso que el Edicto de Nantes no es el primer texto de esta naturaleza que se firma en Francia. En 1562, Carlos IX firmó el Edicto de San Germán, con un tenor similar, concediendo libertad de culto a los protestantes en Saint Germain. Un año, en 1563, el Edicto de Amboise se dirige en el mismo sentido. Años más tarde, la Paz de Saint Germain de 1570 pactaba la libertad de conciencia y la libertad de culto. La razón de considerar al Edicto de Nantes como el primero radica en que éste fue aplicado por la fuerza por Enrique IV quien así lo impuso. Más adelante, en el primer gran tratado desde la conformación del estado moderno en el siglo XVII, el Tratado de Westfalia de 1648, firmado por Fernando II; Emperador del Sacro Imperio Romano-Germánico, el rey de Francia y sus aliados y por el que puso fin a la sangrienta guerra de los treinta años se contienen disposiciones sobre libertad para practicar la religión. Luego, otros instrumentos igualmente importantes en el desarrollo histórico del derecho internacional también se refirieron al tema religioso. El Acta de Tolerancia de Maryland, de 1649, puede considerarse como un antecedente de una cierta preocupación por lo religioso y su expresión. Entre otros y ya más entrados los siglos, el Tratado de París de 1856, suscrito entre Austria, Francia, Gran Bretaña, Prusia, Rusia, Cerdeña y Turquía, para poner fin a la guerra de Crimea, tenía disposiciones sobre libertad de culto en relación a las “generosas intenciones” del Sultán de Turquía respecto de las poblaciones cristianas de su Imperio y les reconocía “la plena libertad de culto”. En la misma línea, el Tratado de Berlín de 1878, firmado por Gran Bretaña, Austria-Hungría, Francia, Alemania, Italia, Rusia y Turquía, reconocía la libertad religiosa y de culto. En los tratados con los que se puso fin a la Primera Guerra Mundial, celebrados con Austria, Hungría, Bulgaria y Turquía se incluían cláusulas sobre libertad religiosa y el tema ocupó fuerte lugar en el régimen de mandatos y el régimen de protección de las minorías creado a partir de la reconstrucción y reordenación que se produjo después de la Guerra al amparo de la Sociedad de las Naciones. En el marco de estos acuerdos bilaterales y multilaterales se establecía la garantía de no discriminación entre las minorías, incluyendo el derecho a usar su propia religión.

mantener la seguridad en la zona a través de una especie de control sobre tales grupos, lo que se pensaba también respecto de los grupos unidos por razones lingüísticas.

No obstante lo anterior, el proceso histórico posterior y los efectos de la Segunda Guerra Mundial hicieron evidente a los ojos de los creadores del nuevo sistema que era necesaria protección en forma acentuada y en clave de dignidad para quienes defienden una cierta idea religiosa en oposición a grupos que detentan poder, aún cuando como es sabido la *Declaración Universal*, producto de la fuerte inspiración liberal que la permea, no contenía derechos para las minorías en cuanto grupo sino que las aseguraba por la vía de la protección de los derechos individuales⁴⁸³, pese a que contempla una disposición particular, relevante a estos efectos pues trae implícita la idea de los derechos colectivos de las minorías religiosas cuando hace referencia a derechos que se pueden ejercer individual o colectivamente. Esta norma es el artículo 18⁴⁸⁴ respecto del cual se ha dicho que cuando usa la expresión “individual y colectivamente” está haciendo referencia a la posibilidad de que este mismo derecho que se otorga a las personas de gozar de libertad de religión, de cambiarla y de manifestarla, se otorga también a los colectivos, es decir, a aquellos grupos de personas que pueden ejercer este derecho de manera conjunta, como es por ejemplo, una minoría religiosa determinada.

Un desarrollo posterior interesante en un sentido similar ha sido la *Declaración sobre la eliminación de toda forma de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o en las convicciones*, aprobada por la Asamblea General el 25 de noviembre de 1981 y cuya elaboración comenzó al tiempo que se trabajaba para adoptar un acuerdo vinculante sobre discriminación racial, que resultó ser la *Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial*, de 1965. Parecía lógico que se aunara en un solo texto y con carácter obligatorio, la condena a la discriminación por los que se estiman sus principales motivos. Ello no fue posible y sobre el tema de la religión sólo se obtuvo el consenso para esta resolución varios años después, es decir, para un instrumento sin carácter vinculante o lo que hoy se llama *soft law*, respecto de la religión y también “*cualesquiera convicciones*”, especialmente importante en países en que prima una religión de forma oficial, o más o menos oficial. Esta Declaración consagra dos derechos muy relacionados: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la no discriminación por motivos religiosos. Entre ambos hay una relación de cierta subordinación, toda vez que el segundo deriva justamente del primero. El artículo 6º desarrolla el derecho a la libertad religiosa y contiene referencias a derechos que se pueden ejercer de forma colectiva. En términos genéricos, elegir y mantener lugares de culto e instituciones, o elegir o nombrar funcionarios religiosos, procurando así

⁴⁸³ Como lo recuerda Kymlicka: “...muchos liberales creen que los intereses en la pertenencia cultural de las personas se protegen adecuadamente mediante los derechos comunes de la ciudadanía, por lo que las medidas complementarias para proteger dicho interés son ilegítimas. Tales liberales aducen que basta con un sistema universal de derechos individuales para acomodar las diferencias culturales, habida cuenta de que concede a cada persona la libertad de asociarse con otras en virtud de prácticas religiosas o étnicas compartidas.” Kymlicka, W., *Ciudadanía Multicultural*, Paidós Estado y Sociedad, Editorial Paidós, Traducción de Carme Castells Auleda, 1ª edición, Barcelona, 1996, p.151.

⁴⁸⁴ “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

un ámbito de protección a la discriminación por razón de religión - aunque “blando” - si bien no recogió este texto lo que ya había hecho la *Declaración Universal* y el PIDCP en torno a consagrar el derecho a cambiar de religión, que quedó fuera de este instrumento aunque dejando a salvo lo que a tal efecto indican esos otros instrumentos⁴⁸⁵.

Frente a estos desarrollos el gran reconocimiento vino en el ya citado artículo 27 del PIDCP⁴⁸⁶ que buscando constituirse en la primera norma de protección de minorías de alcance mundial tiene una importancia tal que es considerada hoy como una norma de derecho internacional general, pese a que toma una óptica individualista de los derechos y a que tiene varias omisiones e imprecisiones en su redacción⁴⁸⁷.

Este central artículo en las luchas colectivas por la no discriminación vino a ser complementado unos años más tarde con la *Declaración sobre los derechos de las personas*

⁴⁸⁵ No debe olvidarse en todo caso que años antes, en la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*, aprobada como Resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948, la religión, tanto como la raza, es considerada cuando señala en el artículo 2º que se entienden por genocidio ciertos actos perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, lo que de alguna manera se transformó en una protección con carácter convencional del todo relevante para los tiempos en que se sitúa la adopción de este tratado y para lo que ha sido la historia en los últimos sesenta años hasta llegar a la entrada en vigor del *Estatuto de Roma* creando la Corte Penal Internacional al proteger el derecho elemental a la existencia de estos grupos, supuesto esencial para todos los demás derechos del grupo. La norma de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio* refiere a la matanza de miembros del grupo; la lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; el sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; las medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; y el traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo. Por su parte, el *Estatuto de Roma* entrega competencia a la Corte para conocer del delito de genocidio, definido para estos fines en su artículo 6º con base en la *Convención* de 1948.

⁴⁸⁶ “En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”.

⁴⁸⁷ En la forma en que fue aprobado si bien se transformó en un avance, dejó interrogantes que han suscitado el debate doctrinal y la necesidad de precisar sus alcances. La imprecisión del concepto de minoría, en relación principalmente a la inclusión de las minorías nacionales; la falta de reconocimiento de los derechos de las minorías como grupo y la ausencia de la obligación estatal de adoptar medidas específicas, me parece son las cuestiones más relevantes en este aspecto. Lo primero se constata al ver que sólo usa las expresiones “minorías étnicas, religiosas o lingüísticas” con lo que la noción de minoría en realidad debe extraerse de la doctrina y de los estudios que realizan los expertos de ONU que se han efectuado desde la óptica de este artículo ajustándose a la redacción del mismo, como el del Relator Especial Francesco Capotorti de 1977, referencia obligada en la materia. En consonancia con esto, ateniéndose al tenor literal hay que ser consecuentes en que se refiere sólo a las minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, excluyendo las nacionales y si se considera que hay matices entre cada una de estas clases de minorías, las nacionales pueden derechamente quedar excluidas. Asimismo, si se lee con atención se verá que se refiere a los derechos “de las personas que pertenezcan a dichas minorías”, de modo que parte de una concepción individualista del derecho, misma perspectiva que orientó la *Declaración Universal* del 48. Una visión es entender que sólo se trataría de derechos para las personas que integran una minoría: “a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”, mientras otra iría por entender que los tres derechos que consagra la norma serían colectivos porque necesitan ser ejercidos en grupos y se basan en la existencia de intereses colectivos y no sólo individuales. Argumento a favor del reconocimiento de derechos a las minorías como grupo sería la expresión “en común con los demás miembros de su grupo”. No obstante ello, si lo que se quiso fue proteger a las minorías como grupos, no contiene derechos específicos y claros en ese sentido y nada se dice sobre el derecho principal al que puede aspirar un colectivo: el reconocimiento de su existencia. Otro tema de crítica es el deber de no actuación cuando usa la fórmula “no se negará”, es decir, la ausencia de un deber positivo para los estados. En todo caso debe conjugarse este deber con las normas internas de seguridad, moral y orden público y con el respeto de aquellas obligaciones generales sobre derechos humanos que se consideran de *ius cogens*. De esta manera, ningún individuo o grupo podría alegar violación del Pacto porque, por ejemplo, no se permiten prácticas que atenten contra la integridad de las personas, ni aún a pretexto del respeto a la cultura propia de la minoría. Ahora bien, por el artículo 2.2. del Pacto sí estarían los Estados obligados a adoptar medidas específicas por cuanto establece esta obligación en general respecto de los derechos que consagra, idea que recogió el Comité de Derechos Humanos, en su Observación General No. 23 a este artículo, de 6 de abril de 1994. En todo caso y no obstante esta serie de aspectos que han merecido cuestión en estas décadas y que he reseñado acá brevemente, el artículo 27 del PIDCP es un hito importante y en general la doctrina internacional ha visto en él, más allá de tecnicismos para criticarlo, un verdadero avance en el reconocimiento de los derechos de los grupos minoritarios con buenos argumentos para su defensa. Entre ellos, que no se necesita el reconocimiento oficial del estado respectivo respecto de la existencia de la minoría y que no es indispensable ser ciudadano del estado en que se encuentre la minoría para invocar protección. Estos rasgos han sido particularmente exaltados en la citada Observación General No.23, reconociendo que si bien no hay una definición de minoría, se indica que la existencia de una minoría étnica, religiosa o lingüística en un Estado determinado no depende de la apreciación de dicho Estado, sino de criterios objetivos. La misma cuestión la había aclarado también Capotorti en su informe. Para un estudio en detalle de este artículo desde la institucionalidad de Naciones Unidas, véase Capotorti, F., “*Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas*”. Estudio elaborado en 1977 por el Sr. Francesco Capotorti, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Serie de Estudios 5, Centro de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas, 1991.

pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General como Resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992 que se inspira en este artículo 27 viniendo a precisar varios conceptos a partir del artículo y sus deficiencias aunque en un plano no vinculante.

Con todo y la importancia que estas clases de discriminaciones tienen, el estudio acabado de los antecedentes normativos que he mencionado y otros también relevantes⁴⁸⁸, o los desarrollos jurisprudenciales que han seguido a algunas normas y su vulneración, no se corresponde con el fin último de esta investigación pero deben ser mencionados como he pretendido hacerlo en los párrafos anteriores pues se han constituido en muestras claras de la labor del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde su creación por evitar la discriminación por raza, lengua o religión. Por la misma razón no entraré a la discriminación racial, lingüística o religiosa ni menos a la protección de minorías como colectivos en los sistemas regionales, ni aún en el caso del rico sistema europeo en la materia, por escapar a mi objeto de estudio, como tampoco iré a la protección que proviene de organismos especializados como por ejemplo la Organización Internacional del Trabajo u otra clase de organizaciones internacionales como la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa⁴⁸⁹.

Como se aprecia entonces, en las luchas históricas contras las exclusiones o las restricciones injustificadas, el Derecho Internacional formado a partir de 1945 ha ido jugando un rol cada vez más destacado aunque insuficiente evidentemente como lo prueba una mirada como simple espectador de la realidad de estos tiempos.

Ahora bien, en el caso de la discriminación por *sexo*, cuarto criterio históricamente recogido por el Derecho Internacional junto a la raza, la lengua y la religión que he ya referido y entendido esencialmente y desde ya como la discriminación sufrida por las *mujeres*, debe decirse que es al parecer en realidad el primer criterio de discriminación en la historia de las civilizaciones humanas; el más antiguo, el más extendido en el tiempo y en el espacio, y el que reviste más formas pues normalmente en el caso de la mujer confluye una doble discriminación por lo menos. Una primera por el solo hecho de ser mujer, y una segunda por alguna de las características que forman su identidad.

Como recuerda Kymlicka en su estudio sobre el feminismo como una teoría política, este confinamiento sufrido tradicionalmente por las mujeres tiene su anclaje en la creencia por parte de los teóricos varones de todo el espectro político, de que existen “fundamentos naturales” para el confinamiento de las mujeres dentro y fuera de la familia y para que queden sujetas por ley y

⁴⁸⁸ Por ejemplo, el artículo 18 del PIDCP referido a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, o el artículo 13 del PIDESC en el ámbito de la educación, que indica que ésta debe favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos.

⁴⁸⁹ Para una visión desarrollada sobre lo que ha sido la protección normativa de las minorías en el Derecho Internacional véase Lerner, N., *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, Serie Folletos 1991/17, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª. Edición, Editorial Amanuense, México, 1991; Thornberry, P., *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1992; Mariño, F. “Protección de las Minorías y Derecho Internacional”, en Prieto, L. y Otros, *Derechos de las Minorías y de los Grupos Diferenciados*, Colección Solidaridad 6, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.

costumbre a sus maridos, todo lo cual significaba limitaciones en sus derechos civiles y políticos que se estimaban justificadas pues éstas eran poco aptas para tareas políticas o económicas fuera del hogar. En otras palabras, se trataba de una creencia en una inferioridad natural de las mujeres⁴⁹⁰.

Por cierto que remontándonos en el tiempo; antes del inicio de la configuración de la idea, siquiera filosófica de los derechos humanos, es posible ver en muchas sociedades la presencia fuerte de la institución del patriarcado y la omisión casi absoluta de la consideración de la existencia propia de las mujeres y sus derechos.

De Beauvoir recuerda al introducir su obra *El segundo sexo* que así es desde Aristóteles, para quien la mujer es mujer en virtud de la falta de ciertas cualidades⁴⁹¹, a lo que hay que agregar su creencia de que unos seres están destinados a regir y otros a ser regidos entrando las mujeres obviamente en el segundo grupo⁴⁹²; pasando por Santo Tomás quien indicaba que la mujer es un hombre fallido, llegando a remontarse hasta la Biblia y el Génesis que presentarían a la mujer como extraída de un hueso del hombre⁴⁹³.

Por cierto que en el caso de la discriminación por *sexo* que sufren las mujeres la característica de la razonabilidad y justificación de la diferencia cobra importancia pues nadie puede discutir, creo yo con un argumento contundente, la necesidad de baños separados para hombres y mujeres en lugares públicos o de un permiso especial para la madre en caso de complicaciones físicas durante el embarazo o con ocasión del parto, como sí es plenamente discutible que por la condición de ser mujer, un ser humano esté expuesto en algunos países a perder su apellido de soltera o ciertos derechos por el solo hecho de contraer matrimonio - lo que no suele ocurrir en el caso del hombre - o que gane un salario menor por igual trabajo realizado.

Más allá de estas observaciones que si se quiere son más histórico-sociológicas que jurídicas, lo cierto es que la discriminación sufrida por las mujeres ha sido un tema presente en el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos desde sus orígenes y hasta hoy. Críticas más o críticas menos a su efectividad, mirando la situación actual de la mujer en muchas partes del planeta y cuando ya concluye la primera década del siglo XXI, lo cierto es que protegerlas de vulneraciones a sus derechos y promover su situación de igualdad, a partir en los últimos años del desarrollo del concepto de *género* y sus precisiones en óptica femenina claramente, ha sido un eje de la labor de construcción internacional de un orden normativo sobre derechos humanos tratando de luchar contra el anclaje que ha tenido en el mundo jurídico la idea de que las normas han de recaer sobre *sujetos*, mirados y considerados en abstracto, como si de seres asexuados se tratara.

⁴⁹⁰ Kymlicka, W., *Filosofía política* (cit.), pp. 260-261.

⁴⁹¹ De Beauvoir, Simone, *El Segundo Sexo* (cit.), p. 18.

⁴⁹² En *La Política*, Aristóteles defiende esta idea indicando que están llamados a ser regidos por otros y obedecer tanto los esclavos, como las mujeres y los animales, porque la naturaleza los ha hecho inferiores. En esta teoría se ha visto un indicio del determinismo biológico que ha teñido muchos estudios sobre la igualdad entre sexos.

⁴⁹³ De Beauvoir, Simone, *El Segundo Sexo* (cit.), p. 18.

En efecto, la abstracción y la universalidad de las normas jurídicas ha sido un imperativo desde que estas se empiezan a construir sistemáticamente ya con el desarrollo de la idea de estado de derecho⁴⁹⁴, no obstante lo cual se ha tratado de una abstracción fundada en el parámetro que mira a lo que es propio del sujeto varón como sinónimo de lo *humano*, encubriendo así las diferencias entre los *sexos* (y otras diferencias por cierto también) y confinando en el orden normativo a las mujeres a un lugar que le vendría dado por ser “como es”, tendencia que es la que los movimientos feministas vienen tratando de revertir desde su nacimiento, primero en los órdenes nacionales y desde 1945 también en el orden internacional.

Ahora bien, el mismo desarrollo que se ha visto en las últimas décadas para tratar de favorecer a las mujeres de distintos modos no ha tenido el mismo correlato en hablar de otros aspectos vinculados a la *sexualidad* y que exceden el solo criterio *sexo* entendido este como *ser hombre* o *ser mujer*, o que exceden la clásica dicotomía entre lo *masculino* y lo *femenino*.

Me refiero específicamente a las *identidades de género* reclamadas más allá de esta bipartición, y a la libre elección de la *orientación sexual* asumiendo entonces que son criterios de discriminación que no han tenido una recepción similar a la que se ha hecho de los derechos de la *mujer* en el orden jurídico internacional de los tratados, las sentencias internacionales y los otros medios de generar una obligación internacional, lo que motiva la especial atención que recibirán en los capítulos siguientes.

Efectivamente, los numerosos desarrollos normativos, institucionales y jurisprudenciales centrados en la discriminación llamada “*por sexo*” lo han hecho mirando a la discriminación de una mujer a la que además en términos generales se le atribuye la condición de *femenina*, más allá de las diferencias en la atribución del contenido de esa feminidad en diversos contextos culturales, y que se presenta como *heterosexual*, sea que asuma o no la opción del matrimonio y la procreación, aunque entendiendo a la maternidad casi como de la esencia de ser mujer, dejando en buena medida de lado a aquellas mujeres que puedan salir del esquema binario referido en su *identidad de género* o manifestarse como *lesbianas* o *bisexuales*, para todas las cuales aún la protección contra las discriminaciones es débil. Esa exclusión también afecta a los hombres que salen del esquema clásicamente atribuido a ellos: el *ser masculino* y *heterosexual*, en el marco actual de una clara demanda para vivir plena y libremente una *sexualidad* que puede ser diferente a la opción mayoritaria.

Esta razón - esgrimida con otras expresiones a lo largo de este trabajo - es la que me ha llevado a intentar en este estudio recoger y mostrar los nuevos desarrollos que pueden ayudar a terminar con el olvido - o minusvaloración - de su situación de personas discriminadas, previo a lo

⁴⁹⁴ De hecho, cuando se analiza el principio y las distintas clases de igualdad se puede ver que el análisis normalmente es respecto de una igualdad reclamada para un ser concebido en abstracto como humano, sin atender a si es hombre o mujer (o a otras diferencias). En esa lógica es que se opta en este trabajo por el análisis de la igualdad teniendo por base los aportes de Norberto Bobbio y la teoría de John Rawls que buscan en buena medida “situar” a los seres humanos antes de entrar a hablar sobre el cómo los hacemos a todos “iguales”, aún cuando se le ha criticado desde sectores feministas por olvidar la perspectiva femenina en muchos asuntos, lo que como he dicho al tratar esa cuestión, intenta revertir en estudios posteriores. Véase Mullally, S., *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006, pp.41-57.

cual me parece necesario y pertinente mostrar en este capítulo ciertos desarrollos en estas materias a fin de acreditar que ellos se han centrado esencialmente en la *mujer* sin considerar seriamente los matices que entre nosotras pueden existir, es decir, sin considerar en verdad a todas las *mujeres*, olvidando en muchos casos a quienes reclaman sexualidades menos frecuentes.

2. LAS DIFERENCIAS Y DISCRIMINACIONES BASADAS EN LA SEXUALIDAD MIRADAS DESDE UN RECORRIDO HISTÓRICO-JURIDICO POR LA SOCIEDAD HUMANA Y LA LUCHA DE LAS MUJERES.

2.1. Una mirada a la evolución de las reivindicaciones para terminar con las diferencias con base en la sexualidad.

Sobre la base de los conceptos teóricos presentados en los capítulos anteriores, lo cierto es que en estos tiempos se puede afirmar que la *sexualidad* se trata como una cuestión parte de un discurso abierto, que ya no es censurado u oculto, donde lo que tiene que ver con ella y las dimensiones centrales que le he atribuido - el *sexo*, la *identidad de género* y la *orientación sexual* en concreto - se debate, desarrolla, critica o reclama.

Esto ocurre a su vez en un marco más amplio de discusión cómo es el discurso de los derechos humanos que se ha impuesto en la sociedad universal desde 1945 en adelante, a partir de los horrores del holocausto nazi y de la posterior reconfiguración del orden jurídico mundial con la creación de la Organización de las Naciones Unidas.

Claramente en el marco de la concientización mundial de que todos los seres humanos somos iguales y gozamos de ciertos derechos que emanan de nuestra dignidad, lo que ocurre cuando hoy se habla de *sexualidad* es en realidad la construcción de un “derecho a la identidad sexual” de cada uno y cada una, que supone el poder vivir la *sexualidad* cómo se quiere en el marco de la vida personal y social, del mismo modo que algunos reclaman iguales derechos sin importar el color de la piel, el idioma o la religión.

La *sexualidad* amplia entonces se constituye en parte integral del discurso actual de construcción de la identidad, en una clave de igualdad pero reconociendo y alegando el respeto por las diferencias. Hoy muchas *mujeres* y muchos *hombres* levantan la voz para reclamar por los derechos que surgen desde su *sexualidad* y por cierto levantan la voz no sólo para gozar de tales derechos en forma libre, sino para no ser discriminados por ellos y marcar su individualidad a partir de su *sexualidad* como uno de los principales rasgos definitorios de personalidad e identidad.

Este reclamo va siendo oído lentamente y se ha centrado en las últimas décadas esencialmente en dar espacio a las reivindicaciones de la mujer, considerada de forma “abstracta”, sin atender a la forma de cada una de vivenciar su *género* o su *orientación sexual*.

Así, la situación de la mujer se ha introducido en el debate social contemporáneo como una expresión de las diferencias y desigualdades que el Derecho trata de revertir a través de la consagración de la igualdad y de su principal manifestación - la *norma de no discriminar* - en instrumentos y a través de medios vinculantes y en el entendido de que el estado es el primero llamado a garantizarla en el marco a su vez de lo que hoy se comprende como “estado de derecho”.

Lo anterior responde al lugar secundario que se ha dado tradicionalmente a todas las mujeres en las sociedades.

En efecto, considerando que en la mayoría de las sociedades estatales (o probablemente en todas) existen sistemas de división y estratificación social, que sitúan a unas determinadas categorías de personas por encima de otras y que determinan situaciones diferentes de prestigio, poder y riqueza, las mujeres son manifestación clara de tales divisiones y estratificación social⁴⁹⁵ y aunque durante mucho tiempo buena parte de los estudios desde las ciencias sociales se ocuparon preferentemente del sistema de estratificación y jerarquía social en función de la posición económica, el poder y el prestigio de las personas - incluyéndose en la posición social y económica por cierto las diferencias de clase - en tiempos más recientes se reconoce que además de las diferencias económicas entre las personas existen también otras diferencias importantes, como las que se refieren al *género* “que sitúan a los miembros de una sociedad en situaciones radicalmente diferentes en cuanto a sus expectativas o posibilidades de elegir y llevar adelante sus sueños y aspiraciones”⁴⁹⁶, diferencias que hacen ilusorio en muchos casos el paradigma moderno de la igualdad que mueve a la sociedad especialmente desde los tiempos de las revoluciones que vieron nacer a los derechos humanos como conceptos jurídicos.

En esa lógica de ideas es posible ver que las personas integramos diversas jerarquías que pueden presentarse como desigualdades sociales y económicas (en las que influyen el trabajo de una persona, su riqueza y sus ingresos); como desigualdades étnicas y de raza (en que influyen la raza y etnia de una persona); como desigualdades por razón de edad (en que influye la edad de una persona); como otros tipos de desigualdades (en que tienen influencia la discapacidad, el lenguaje y la nacionalidad de una persona, como factores creadores de la desigualdad) y finalmente como desigualdades de *género* y de *sexualidad* (en que influyen la posición de una persona como *hombre* o *mujer*) quedando en este último caso expuestas además a padecer los otros tipos de desigualdades que agravan la situación. Todas estas diferencias suponen distintas manifestaciones en la vida

⁴⁹⁵ Macionis y Plummer dicen que la estratificación es el “sistema por el que una sociedad clasifica a los grupos de personas de una manera jerárquica” y luego agregan que en toda sociedad hay 5 principios básicos de estratificación y desigualdad social: 1. La estratificación social es una característica de la sociedad, no simplemente un reflejo de las diferencias individuales. 2. La estratificación social persiste a través de las generaciones, pese a lo cual asumen la existencia de la llamada movilidad social que experimentan algunos individuos y que se referiría a los cambios que experimenta la posición de una persona en la jerarquía social. Movilidad que puede ser hacia arriba o hacia abajo en la jerarquía de las posiciones sociales u horizontal cuando las personas cambian una ocupación por otra que es parecida, sin alterar con ello su posición en la jerarquía social. La mayoría de las personas en todo caso mantiene el mismo status social toda su vida. 3. La estratificación es universal pero variable, o sea, está presente en todas las sociedades en el mundo pero varía qué es y cómo se es desigual de sociedad en sociedad. 4. La estratificación social hace referencia no sólo a las desigualdades sino también a las creencias. 5. La estratificación social genera identidades compartidas que ubican a las personas en categorías sociales diferentes. Macionis J. y Plummer K., *Sociología*, (cit) p. 190.

⁴⁹⁶ Macionis J. y Plummer K., *Sociología*, (cit) p. 191.

social. Según Iris Marion Young⁴⁹⁷, existen grupos de procesos claves en cómo se vive la desigualdad por quienes la padecen: la exclusión social y marginación; la explotación; el sentimiento de impotencia; el imperialismo cultural y la violencia. Evidentemente cada una de estas manifestaciones de desigualdad afecta en el ejercicio del poder, entendiendo éste desde una perspectiva que me permito llamar “foucaultiana”, es decir, que lo concibe en términos relacionales y como presente en todos los sitios porqué a su vez no proviene de ningún sitio, y no sólo referido al poder que el individuo cede al soberano a partir del “contrato” que da vida a la institución jurídico política que es el Estado. Es decir, pensando en un concepto de poder aplicable a las relaciones humanas.

Con estas premisas sociológicas para mirar la realidad, es posible comprobar que las mujeres han sufrido por años todas estas manifestaciones de desigualdad en función primeramente de su pertenencia a este *sexo*, considerado muchas veces como débil y llamado por De Beauvoir como “el segundo sexo” y por la forma de construcción de las instituciones sociales, políticas y jurídicas que se ha hecho sobre la idea de abstracción respecto del sujeto que va a ser su destinatario, tal y como si se tratara de un ser “asexuado” con la bandera de la “neutralidad y abstracción” como requisito que debe tener la norma.

Ejemplos para confirmar esta afirmación surgen rápidamente al mirar la sociedad y su historia.

La llamada *feminización de la pobreza* es una constante desde hace años. Ella se manifiesta en estos tiempos principalmente a partir de la proliferación de hogares a cargo de madres solas que ganan un bajo salario o que son víctimas de explotación por sus jefes o de violencia doméstica de parte sus parejas, quedando así excluidas de participar activamente en la vida social. Mirada desde otro ángulo, esta cara *femenina* de la pobreza se refleja en que son las mujeres quienes reciben el mayor impacto de las consecuencias negativas de fenómenos como la globalización y los ajustes económicos que trae (a partir de ser las primeras a quienes se les restringe el acceso y la continuidad laboral con la excusa de la maternidad); de todas las formas de comercio ilícito internacional (a partir de ser “ellas” y no “ellos” los principales “objetos” traficados en muchos países al modo casi de hablar justamente de un “objeto” anulando la condición de “sujeto”⁴⁹⁸); del mal uso de nuevas tecnologías (a partir de ser las principales víctimas por ejemplo de delitos de prostitución o pornografía en la red⁴⁹⁹) o de los conflictos internos o internacionales (a partir de que la satisfacción

⁴⁹⁷ Citada por Maconis J. y Plummer K., *Sociología*, (cit) p. 192.

⁴⁹⁸ Según la Organización Internacional del Trabajo, cerca de 2,4 millones de personas en el mundo son víctimas de trata de personas y son sometidas a trabajos forzados. Cerca de la mitad son explotadas sexualmente, otra parte del grupo es explotada laboralmente y otro porcentaje sufre ambas clases de abusos. Estos datos los proporciona el Informe de Amnistía Internacional, Sección Española, “España. Una vida sin violencia para mujeres y niñas. Las otras víctimas de violencia de género: violencia sexual y trata de personas”, de julio de 2009, que da cuenta que la trata de personas es un crimen internacional que afecta mayoritariamente a mujeres por su género. Disponible en: http://www.es.amnesty.org/uploads/tx_useraitypdb/Mujer_violencia.pdf (último acceso: 6 de septiembre de 2009)

⁴⁹⁹ En el año 2000 la UNESCO creó el Programa “Información para Todos”, conocido por sus siglas en inglés IFAP (*Information for All Programme*), el cual se sustenta mediante el aporte de algunos países donantes, entre ellos España, y uno de cuyos objetivos es trabajar por las implicancias éticas, sociales y legales del acceso a las nuevas tecnologías. En esa línea, junto con fomentar el acceso igualitario para todas y todos para aprovechar los beneficios de ellas, en el marco de los derechos básicos de libertad de expresión,

de las necesidades familiares básicas se ven mermadas antes que cualquier intento de reducir armamentos y son ellas las principales gestoras de estas necesidades en muchos contextos sociales y considerando que junto a los niños y niñas son las principales víctimas de los conflictos armados⁵⁰⁰).

Asimismo, la menor participación política de las mujeres es también una constante en la historia, sea en los procesos de elección, como votante o potencial elegible, o sea en el acceso a cargos público-políticos, aunque acá sea necesario reconocer que esta es una situación que tiende al cambio favorable en las últimas décadas. Prueba de ello es que al año 2010 existan varios países que tienen o tendrán una mujer como Jefa de Estado y/o de Gobierno elegidas en procesos electorales democráticos⁵⁰¹, y que en los Estados Unidos una mujer - la entonces senadora Hillary Clinton - hubiese tenido posibilidades reales de acceder al menos a la opción de ser Presidenta del país y sea en 2010 Secretaria de Estado, sucediendo en el cargo justamente también a otras mujeres. Además, varios son los países ya que han incorporado en sus sistemas políticos electorales el sistema de “cuotas” como una clase de las llamadas “acciones positivas” lo que se traduce en un paliativo al menos formal para la desigualdad en participación política con que la mujer ha vivido desde siempre⁵⁰².

También la violencia a mujeres, llamada usualmente “de género” es una patente y viva manifestación de las desigualdades que afectan a mujeres. El tema ha tomado forma en normas internacionales, con el caso emblemático de la *Convención de Belém do Pará*, y es recurrente en foros internacionales y nacionales, constatándose cada vez de forma más abierta que se trata de un problema que traspasa las barreras de lo socio cultural y de las diferencias entre países.

acceso a la información, derecho a la educación y derecho a participar en la vida cultural, se busca tomar medidas para evitar los abusos y proteger a la población de los riesgos, entre los cuales tiene lugar especial garantizar la seguridad de las niñas en internet por este mal uso. Véase http://portal.unesco.org/ci/en/ev.php-URL_ID=1627&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵⁰⁰ Así lo ha reconocido el Consejo de Seguridad en el Preámbulo de la Resolución 1325, de 2000 Doc. S/RES/1325 (2000) y en la que se entiende su continuación, la Resolución 1820, de 2008 Doc. S/RES/1820 (2008) y ha sido documentado por Amnistía Internacional desde hace varios años. Véase en este sentido Amnistía Internacional, *Hacer los Derechos realidad. La violencia contra las mujeres en los conflictos armados*.

⁵⁰¹ A abril de 2010, los siguientes estados son ejemplo ya que están, han estado o estarán gobernados por una mujer electa en procesos democráticos: Alemania (Angela Merkel); Argentina (Cristina Fernández); Chile (Michelle Bachelet); Costa Rica (Laura Chinchilla); Filipinas (Gloria Macapagal); Finlandia (Tarja Halonen); Liberia (Ellen Johnson); Irlanda (Mary McAleese); Islandia (Johanna Sigurdardóttir); Mozambique (Luisa Diogo). Además, no deben olvidarse a algunas líderes femeninas del siglo XX que ocuparon primeros puestos políticos en sus países contribuyendo en períodos claves de la historia, cualquiera sea el juicio político que pueda merecer esa contribución. Pienso en Golda Maier en Israel; Indira Gandhi en la India; Eva Duarte de Perón en Argentina; Margaret Thatcher en Reino Unido; o Corazón Aquino en Filipinas, por ejemplo.

⁵⁰² En el caso de América Latina, continente que mantiene aún serios déficit en términos de participación política de mujeres se han ido produciendo reformas legislativas importantes que tienen que ver con la implementación de leyes electorales que obligan a los partidos políticos a incorporar principios y mecanismos de “discriminación positiva”, como son las cuotas o cupos de representación, para garantizar la efectiva integración de mujeres en cargos electivos de decisión al interior de los partidos políticos y del Estado. Las cuotas de participación buscan garantizar que las mujeres constituyan un porcentaje de al menos un 30% o 40% y tienen una aplicación temporal, con el límite que suponga el término de las barreras que dificultan el acceso de las mujeres a la política. Los cupos de representación, en tanto hacen referencia a la asignación efectiva de un mínimo de escaños reservados a las mujeres en las legislaturas nacionales, debiendo tener también un carácter transitorio. El primer país en incorporar cuota en su legislación fue Argentina en 1991, reconociendo un 30% de mujeres en sus listas electorales para postularse al poder legislativo. Con los años el grupo se fue ampliando y al año 2009 existían 12 países de este grupo continental que cuentan con leyes de cuota que obligan a los partidos a incluir entre el 20% y el 40% de mujeres en las listas para elecciones legislativas (Argentina, Bolivia, Brasil, Costa Rica, Ecuador, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Venezuela) Chile sólo registra cuotas a nivel de partidos políticos en sus procesos de selección de cargos internos, específicamente en el caso del Partido Socialista, del Partido por la Democracia y del Partido Demócrata Cristiano.

Así entonces, la cuestión de la estratificación social hoy tiene en la cuestión del *género* una categoría social que viene aplicándose y ayuda a determinar cómo se dan las relaciones humanas en una sociedad ya que al igual que otras categorías como la raza, la lengua o la etnia, está claro que incide en la estratificación social y genera desigualdad y desde un punto de vista jurídico, discriminación.

Este hecho de que la categoría *género* permee muchos estudios centrados en el ser humano y la sociedad, tales como los que se hacen desde la antropología, la historia, la economía o la ciencia política, no se ve en todo caso claramente en el campo de lo jurídico y específicamente en el plano jurídico internacional que es el que abordo, ámbito en que los desarrollos en torno al *género*, más allá de la dicotomía *masculino/femenino*, no han sido muy prolíficos.

Esto encuentra razón en buena parte en la complejidad de las cuestiones ligadas a la *sexualidad* y la constatación de que la cultura “humana” ha tenido y tiene una fuerte carga androcéntrica en la construcción e implementación de la mayoría de sus instituciones, incluyendo las jurídicas como he venido diciendo, estructurando espacios y lugares sólo para hombres (lo público) y espacios y lugares sólo para mujeres (lo privado) y reflejándose en el lenguaje usado por esas instituciones. Expresiones como “los hombres”, “los individuos”, “las personas”, “los ciudadanos” se han venido haciendo sinónimos de hombres y mujeres y hemos tenido que entender por siglos que quedamos incorporadas en esas categorías que toman lo *masculino* como lo universal en el marco de una categoría bifrontal.

Dicho en otras palabras, el mundo y sus avances se han mirado tradicionalmente con ojos *masculinos* a partir de una sociedad *sexista* y *patriarcal* que, aunque asume diversas formas en los distintos contextos espacio-temporales se estructura en lo general en esa línea de una relegación o hasta olvido de la existencia de las mujeres y sus circunstancias.

Parafraseando palabras de mujer⁵⁰³ bien se puede decir que la mitad de la población - las *mujeres* - han estado silenciadas. Sin voz para poder interpretar la realidad o poder modificarla. La humanidad se ha construido sobre su silencio y sobre su sumisión la cultura patriarcal ha esculpido una imagen a su medida que se supone es para toda la humanidad pero responde en verdad a un humano varón que se construye y sigue construyéndose a sí mismo. “Un arquetipo que ha ido variando a lo largo de la historia, pero que mantiene hasta hoy sus potentes rasgos esenciales”⁵⁰⁴.

En este orden de ideas es que se ha desarrollado el *sexismo*, como “la creencia de que el sexo propio es, por definición, superior”⁵⁰⁵, convirtiéndose en un elemento importante que contribuye a sostener este patriarcado como veré enseguida, entendiendo el *patriarcado* (literalmente “el dominio del padre”) como una forma de organización social por la que los hombres dominan, oprimen y explotan a las mujeres⁵⁰⁶. Podría decirse que en lenguaje coloquial el

⁵⁰³ Renau, M. Dolors, *Ciudadanas y Políticas*, (cit.)

⁵⁰⁴ Renau, M. Dolors, *Ciudadanas y Políticas*, (cit.) p. 16.

⁵⁰⁵ Macionis J. y Plummer K., *Sociología*, (cit) p. 310.

⁵⁰⁶ Macionis J. y Plummer K., *Sociología*, (cit) p. 310.

sexismo es lo que se llama habitualmente “machismo” y genera en la práctica múltiples episodios de discriminación o de lo que se conoce también como *misoginia*, es decir y en términos simples, una conducta hostil y hasta odiosa hacia las mujeres. También es posible hacer un símil con lo que ha sido el *racismo*, ya que en ambos casos se trata de pensamientos que refuerzan la idea de que unos deben dominar a otros y que se agravan cuando se “institucionalizan”, como ocurrió en su tiempo en Sudáfrica con el régimen del Apartheid o, en lo que toca a las mujeres, con el régimen de trato a la mujer en Afganistán desde hace mucho tiempo, más allá incluso de los talibanes⁵⁰⁷.

A estas ideas habría que agregar que como soporte de este sistema de dominación - aún cuando la idea de *rol de género* no estaba siquiera concebida teóricamente - coadyuvó la disociación de una serie de aspectos de la vida humana, a partir de los cuales todos aquellos que supuestamente no generaban mayor aporte al desarrollo social (o aporte materialmente visible) como los afectos y sus manifestaciones físicas, las cuestiones domésticas del hogar común o el hecho biológico de la maternidad, han sido atribuidos a las mujeres con una consiguiente carga valórica de inferioridad.

En este marco, así como en un momento el socialismo entre otras razones nace para luchar contra el sistema capitalista o de clases - en una acepción marxista pura de la idea de capitalismo - el *feminismo* se alza en pleno siglo XVIII como una doctrina que busca luchar contra el *sexismo* y contra el *patriarcado* como sistema de dominación de un sexo sobre otro y en virtud del cual y como recuerda Dolores Renau⁵⁰⁸, las mujeres han estado ausentes de los tratados que nos explican el devenir de la humanidad, la construcción de las leyes que ordenan la vida colectiva o los más altos productos del espíritu humano⁵⁰⁹.

Así, las primeras teorías feministas nacen para luchar contra el patriarcado que, en cuanto ordenación social y política dejaba a las mujeres en un segundo plano. Encuentra su raíz en las Revoluciones francesa e inglesa que en su visión particular cada una propugnaba la “igualdad” para “todos”. De esta época datan dos obras claves para el análisis de la materia: “*Una reivindicación de los derechos de la mujer*”, escrita en 1792 por Mary Wollstonecraft y “*El sometimiento de la*

⁵⁰⁷ Esta situación casi institucionalizada de discriminación y violencia hacia la mujer ha sido denunciada por Amnistía Internacional en su Informe 2009 sobre “El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo”, en que se documenta por ejemplo que el 28 de septiembre de 2008 talibanes armados mataron a Malalai Kakar, la agente de policía de mayor rango en Afganistán, cerca de su casa en Kandahar; y que el 12 de noviembre del mismo año, dos hombres que circulaban en una motocicleta utilizaron pistolas de agua para disparar ácido contra unas quince niñas que se dirigían al colegio en la misma ciudad, quedando dos de ellas ciegas y otras desfiguradas. Denuncia también Amnistía que según la Comisión Independiente de Derechos Humanos de Afganistán, entre el 60% y el 80% de los matrimonios son forzados, y que a aquellas mujeres que huyen de los abusos se les castiga bajo figuras que no existen en el código penal como “huida del hogar” o “delitos de índole moral”. Informe disponible en: <http://thereport.amnesty.org/es/regions/asia-pacific/afghanistan> (último acceso: 17 de febrero de 2010) La prensa en tanto ha hecho lo suyo por dar cuenta de esta discriminación. Ejemplo se encuentra en la española. “Afganistán se olvida de las mujeres. Tras ocho años de intervención internacional, la discriminación de las afganas es similar a la época de los talibanes. Ocho de cada diez sufren violencia doméstica”. El País (España), 24 de agosto de 2009. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/Afganistan/olvida/mujeres/elpepint/20090824elpepiint_1/Tes (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵⁰⁸ Renau, M. Dolores, *Ciudadanas y Políticas*, (cit.) p. 18.

⁵⁰⁹ Hay que tener presente en todo caso que es posible encontrar estudios antropológicos que dan cuenta de que en algún momento de la evolución de la civilización humana las mujeres tuvieron en sus manos el ejercicio del poder no sólo en esferas domésticas sino también en ámbitos religiosos y políticos. Así habría sido en algún tiempo de la historia de Grecia, Egipto, India y Roma. Sobre el tema véase Maqueira D’Angelo, V. “Género, diferencia y desigualdad”, en Beltrán, E. y Maqueira, V. (Eds.) Alvarez, S. y Sánchez, C., *Feminismos* (cit.) pp. 137-145.

mujer” (obra clásica del liberalismo) escrita en 1869 por John Stuart Mill y su esposa Harriet Taylor Mill, quien influyó para que el inglés incorporara los derechos de la mujer en su análisis, considerando que las desigualdades entre los sexos son un mal en sí mismas y un obstáculo para el progreso de la humanidad. Antes en todo caso, la obra “*Sobre la igualdad de los sexos*”, de Poulain de la Barre, escrita en 1673, había puesto en el debate el tema de la demanda por igualdad sexual.

Además de estos aportes dogmáticos desde una nueva óptica para ver la realidad, en 1791 Olympe de Gouges pasaba a la historia al redactar la *Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana* que comienza con la frase “*Hombre, ¿eres capaz de ser justo? Una mujer te hace esta pregunta*” siendo una réplica de la Declaración de los *Derechos del Hombre y del Ciudadano* de 1789 pero refiriendo a la mujer como sujeto. Creo que este revolucionario texto puede bien inscribirse como uno de los primeros instrumentos normativos que realmente abogan por la universalidad de los derechos humanos y la igualdad entre todos los integrantes de la especie humana.

En estas primeras teorías *feministas*, llamadas *modernas*⁵¹⁰, lo que se buscaba eran mejoras educativas e igualdad de las mujeres ante la ley, como la obtención del derecho a voto que por ejemplo las mujeres británicas ejercieron por primera vez recién en las elecciones generales del 14 de diciembre de 1918 en lo que se ha llamado por los historiadores el “movimiento de las sufragistas”⁵¹¹ y como puede apreciarse por el momento histórico en que nacen lo hacen inmersas en los planteamientos de la modernidad sobre ciudadanía e igualdad, en medio de la Ilustración y las vindicaciones por individualidad, autonomía y derechos.

De allí a estos tiempos y conforme se fue ampliando la visión de lo que es el *sexo* en relación al *género*, las reivindicaciones de las mujeres han evolucionado y así es posible en general concebir distintos feminismos, desde el “clásico” al que hoy se llama *neofeminismo*.

Este último nace en los años sesenta y setenta del siglo XX y se proyecta hasta nuestros días arrancando con el ensayo “*El segundo sexo*” escrito en 1949 por Simone de Beauvoir, obra de referencia obligada en la materia desde entonces, sea para continuar sus planteamientos o sea para rechazarlos. A partir del postulado esencial beauveriano: no se nace mujer, se llega a ser mujer a través de un proceso en que lo que entendemos por mujer es en realidad un producto cultural que se ha construido socialmente, se comenzó a gestar la idea del *género* como construcción socio cultural para representar los comportamientos y actitudes de hombres y mujeres.

Así, el inicio fuerte de las reivindicaciones femeninas en este tiempo contemporáneo tuvo como escenario la época de los reclamos sociales; no sólo sexistas sino también raciales, pacifistas

⁵¹⁰ Antes del siglo XVIII es posible encontrar ya movimientos sobre las reivindicaciones de la mujer por su igualdad. Sobre el tema hay literatura que en general llama a estos planteamientos como “feminismo premoderno”.

⁵¹¹ En Estados Unidos, el movimiento sufragista estuvo inicialmente muy relacionado con el movimiento abolicionista y un gran número de mujeres unieron sus fuerzas para combatir en la lucha contra la esclavitud. En 1848, en el Estado de Nueva York, se aprobó la Declaración de Seneca Falls, uno de los textos fundacionales del sufragismo en este lado del planeta. Los argumentos que se utilizan para vindicar la igualdad de los sexos apelan a la ley natural como fuente de derechos para toda la especie humana, y a la razón y al buen sentido de la humanidad como armas contra el prejuicio y la costumbre. De Miguel, A, *Los Feminismos a través de la Historia. Capítulo II. Feminismo Moderno*.

y estudiantiles de la segunda mitad del siglo XX. Todos ellos fortalecieron la causa de las mujeres por dejar de ser consideradas un sexo secundario y fueron influyendo en mayor o menor grado para que se desarrollaran nuevas vertientes de entender las reivindicaciones.

Mirando estos desarrollos histórico-sociológicos centrados en la mujer en distintos tiempos, algunos autores coinciden en que habrían cinco componentes básicos del feminismo, presentes a pesar de sus variaciones en el tiempo y en el contenido de sus postulados⁵¹²: la importancia del cambio, la necesidad de ampliar lo que se entiende por desarrollo humano, la eliminación de la estratificación de género, el fin de la violencia sexual, y los avances en la libertad y la autonomía sexual.

Ahora bien, más allá de estos puntos en común, hay consenso en que existe claras variaciones dentro del feminismo actual, desde diferencias por razones geográficas hasta diferencias ideológicas que se reflejan en el feminismo *liberal*, el *socialista-marxista*, el *radical*, el *negro*, el *psicoanalítico*, el *postmoderno* o actualmente incluso el *feminismo musulmán* o el *lésbico*. Es el llamado “feminismo de la diferencia” apelando a aquellas características que distinguen a las personas, a sus rasgos particulares o singulares, a la heterogeneidad en lugar de la homogeneidad⁵¹³.

Ello a mi entender no refleja más que una verdad: las diferencias que existen entre todas las que pertenecemos a la categoría social de *mujeres* pese a que compartamos la necesidad de mayor igualdad con respecto a los *hombres*. Si bien compartimos un sustrato básico, una *esencia de mujer*, muchas condicionantes individuales y sociales determinan nuestra forma de vivir y sentir lo que *es ser mujer*. Claramente no es lo mismo ser una mujer en Somalia que en Estados Unidos o que en Irán, para no entrar siquiera a referir cómo la religión y la moral tienen una carga valórica que condiciona la clave de lo que se entiende por mujer. No es lo mismo ser una *mujer heterosexual* que una *mujer lesbiana* en sociedades musulmanas que en sociedades cristiano occidentales.

De ahí que prefiero referir a la discriminación sufrida por *las mujeres* que a la discriminación sufrida por *la mujer*.

Lo anterior supone entonces asumir claramente que no existe sólo una forma de feminismo. No todo es efectivamente un feminismo *radical*, que por cierto no comparto y que en una visión simplista de él parece conducir todo a una permanente batalla contra los hombres y se centra en una especie de determinismo biológico y en la lucha centrada en destruir el patriarcado⁵¹⁴.

⁵¹² Macionis J. y Plummer K., *Sociología (cit)* p. 319-320.

⁵¹³ Alvarez, S. “Diferencia y teoría feminista”, en Beltrán, E. y Maquieira, V. (Eds.) Alvarez, S. y Sánchez, C., *Feminismos: Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2001, p. 244.

⁵¹⁴ En la literatura especializada en feminismo se atribuye a la estadounidense Catherine MacKinnon la autoría de lo que se llama científicamente “feminismo radical”. En su concepción se pone el foco no en las diferencias entre hombres y mujeres sino en la dominación, explotación y subordinación a que estas últimas afecta. Indica que existe un uso y un abuso de la sexualidad femenina desde los hombres, que controlan esta en función de sus intereses, los que ellas no comparten. En esa óptica, el centro de atención de los trabajos de MacKinnon ha estado en la violación, el acoso sexual, la pornografía y el derecho internacional de los derechos humanos al que critica desde su visión feminista por estar fundado en una regla de igualdad basada a su vez en una especie de razón universal que arranca de la experiencia vivida por los judíos y su genocidio en el régimen nazi, y que debe ser abandonada para dar paso a una igualdad que trascienda la división público/privado y que recoja los reclamos por las diferencias. Una presentación del pensamiento feminista radical de MacKinnon puede encontrarse en Mullally, S., *Gender, Culture and Human Rights. (cit.)*, pp.12-16.

En palabras de Renau que comparto, el feminismo es afortunadamente un extraordinario instrumento crítico colectivo, una filosofía global que se enriquece cada día con nuevas propuestas gracias a la radicalidad de sus planteamientos, a su arraigo vital y a la urgencia social que lo sustenta⁵¹⁵.

La falta de visión sobre las diferencias al interior del grupo que conforman las *mujeres* hace que muchos vean con cierto recelo a quien se quiere acercar a un tema desde una *perspectiva de género*, construcción social que como he dicho en el capítulo primero es una que lleva a entender que lo *femenino* (y también lo *masculino*) tiene distintas formas de manifestarse en los diversos contextos espacio-temporales y afecta la distribución del poder en la organización social respectiva. En ese sentido, la *perspectiva de género* supone considerar al *género* como una categoría de análisis que plantea “una multiplicidad de propuestas, programas y acciones alternativas a los problemas sociales que generan la desigualdad entre los géneros”⁵¹⁶.

Claramente la asunción de este concepto ayuda a que con todo y las diferencias entre cada realidad femenina y aún con todo y las diferencias que el propio concepto *género* lleva en su comprensión, sea posible a la vez encontrar acuerdos básicos como ha sido en términos generales todo el camino recorrido para las mujeres desde Beijing en adelante, más allá de lo que se pueda criticar a su forma o sustancia como diré más adelante.

A esta altura creo que viene bien recordar una precisión que debe estar clara pero que no se debe olvidar: no se pueden hacer sinónimo *género* y *mujer*: “no son términos homologables”⁵¹⁷. Hacerlo supone un reduccionismo que justamente priva de toda utilidad al desarrollo de la categoría *género*, no sólo para las propias mujeres sino también frente a las reivindicaciones de hombres que se amparan en su *género* para luchar contra ciertas discriminaciones, por ejemplo, por su *orientación sexual*, tema olvidado en las burocracias estatales e internacionales que tienden a asumir la implantación de las cuestiones de *género* a partir de desarrollos centrados en la mujer y concebir a los hombres como una categoría única y a lo *masculino* como una identidad sin matices.

Asimismo, caer en este reduccionismo supone también olvidar importantes desarrollos que desde el feminismo y la concepción de *género* han llegado a temas más actuales como los propios de las *identidades de género* no exactamente definidas en la dicotomía *masculino/femenino* o todo lo que tiene que ver con las diferentes *orientaciones sexuales* desde una cierta *identidad de género*.

En este sentido y aún dentro de las teorías feministas y lo que han sido los estudios de género, merece una referencia por su “reconstrucción” del *género* la inglesa Judith Butler, filósofa que ha dado un giro fuerte con sus aportes en el marco de la llamada “Teoría queer”⁵¹⁸ que ha puesto el tema de las construcciones de nuevas formas de sexualidad en el debate teórico de estas materias que vengo comentando. En términos generales, este enfoque teórico plantea un desarrollo

⁵¹⁵ Renau, M. Dolors, *Ciudadanas y Políticas*, (cit.) p. 150.

⁵¹⁶ Uña, O. y Hernández, A. (Directores), *Diccionario de sociología*, Editor ESIC, Madrid, 2004, p.610.

⁵¹⁷ Uña, O. y Hernández, A. (Directores), *Diccionario de sociología* (cit), p.610.

⁵¹⁸ Tradicionalmente se ha traducido la llamada “teoría queer” como “teoría torcida”, aunque la expresión anglosajona “queer” significaría técnicamente en español “raro” o “extraño”.

de los estudios lésbicos y gays, en un sentido crítico a tales términos cuando se les considera realidades cerradas que crean una especie de identidad tipo que se institucionaliza mediante las narrativas de “salir del armario”⁵¹⁹. Butler ha afirmado que no sólo el *género* es una construcción social, sino también el *sexo* y la *sexualidad*; es decir, lejos de ser naturales son, al igual que el género, un constructo y no es categoría aislada sino que se define y se va modificando en función de varios elementos como la religión, la etnia, la cultura o la clase. La filósofa concibe al *sexo* como una construcción, tanto como lo es el *género* y estima que a partir de ese entendimiento es posible hablar de muchos *géneros* contruidos a partir de incluir todos los discursos posibles sobre sexo, las prácticas o comportamientos sexuales y las identidades sexuales.

En tiempos recientes entonces lo que se observa son nuevas formas de acercarse a la *sexualidad humana*, asumiendo que no existe sólo una *identidad de género* preconcebida de lo que sea *femenino* o *masculino* sino que ésta se va construyendo en un proceso en que interactúan diversos elementos.

En esa línea, el sociólogo escocés e historiador de la sexualidad Jeffrey Weeks ha aportado nuevos conceptos a la idea de la *sexualidad* como algo construido históricamente a partir de los distintos desarrollos socio-culturales. En el planteamiento de Weeks las prácticas sexuales constituyen un producto histórico y social, más que una consecuencia universal de nuestra biología común. La sociedad opera como el principio indispensable de producción de conductas sexuales y de las significaciones que les están ligadas. La experiencia subjetiva de la vida sexual es un producto de los significados y símbolos intersubjetivos, asociados con la sexualidad en diferentes situaciones sociales y culturales. De este modo, la sexualidad es a la vez una experiencia histórica y personal que queda ligada directamente al poder y a la lucha de los seres humanos. La fisiología y la morfología del cuerpo, es decir, la biología, crean las condiciones previas para la sexualidad humana: condicionan y limitan lo que es posible pero no son causa de las formas de vida sexual. Los cuerpos y la sexualidad no tienen significados intrínsecos sino que se debe concebir como un conjunto de creencias, relaciones e identidades históricamente conformadas y socialmente contruidas⁵²⁰.

Al amparo de estas últimas ideas, que comparto, es que se construye parte de mi hipótesis de trabajo en orden a que las estructuras normativas e institucionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tienen una concepción reduccionista de las ideas de *sexo* y de *género* que no es acorde a la realidad de muchos y muchas.

Como he venido manifestando, de la *sexualidad* no sólo emana el *sexo*, entendiendo ello la distinción *hombre/mujer* y que tanto promueve el Derecho Internacional en materia de desarrollos antidiscriminatorios, sino que también hoy se entiende que refiere a la *identidad de género* y a la *orientación sexual* de cada ser humano y el deseo de vivir en condición igual a todos y todas como

⁵¹⁹ Guasch, O. y Osborne, R. “Avances en sociología de la sexualidad”, en Osborne, Raquel y Guasch, O. (Comps.), *Sociología de la sexualidad* (cit.) p. 20.

⁵²⁰ Weeks, J., *Sexualidad* (cit.) p. 29.

un hombre o una mujer que se siente *masculino, femenino o transgénero* y que a la vez se siente *heterosexual, bisexual o un homosexual*, sea *gay o lesbiana*.

Estos desarrollos en la sociedad hacen que la codificación y el desarrollo progresivo de la materia en el Derecho Internacional contemporáneo sea una cuestión del todo relevante ya que con la visión amplia, a la vez compleja y ante todo no unívoca con que hoy se entiende el *género*, el *sexo* o la *sexualidad humana* desde un punto de vista social y científico, ya no es suficiente adoptar mecanismos de promoción y protección de los derechos sólo de la *mujer*, por ejemplo, para en realidad ir generando vehículos de lucha contra la *discriminación por razón de sexualidad* que viven muchos/as en la sociedad.

Si a ello se suma que en el caso de la *sexualidad* y lo que ello representa para un individuo se conjugan condicionantes de tipo social con aquellas de tipo religioso o cultural en sentido amplio, el establecimiento de marcos jurídicos antidiscriminatorios adecuados y efectivos no es un tema menor y se hace cada vez más necesario cuando los estados no actúan de forma consecuente con los derechos que deben proteger para todos/as o no regulan situaciones complejas que necesitan un marco prescriptivo.

Basta pensar en las mujeres a quienes se les priva de la tuición de sus hijos⁵²¹ o de la posibilidad de adoptar solamente por el hecho de ser lesbianas⁵²²; aquellas a quienes se les obliga a contraer matrimonio contra su voluntad⁵²³ o se les lapida por manifestar su amor por otra persona del mismo o del otro sexo⁵²⁴; a quienes pierden su trabajo o beneficios sociales por declararse homosexual⁵²⁵ o incluso a quienes se penaliza por tal reconocimiento⁵²⁶ o se les niega o cuestiona el acceso a la salud sexual o reproductiva⁵²⁷; o a ese grupo de adolescentes que últimamente con fuerza manifiestan a viva voz al mundo sus problemas de identidad⁵²⁸, por citar hechos que se ven de forma regular en la prensa de varios países y que abren mil preguntas y muchas posibles respuestas que hay que construir en clave de derechos.

⁵²¹ “Masiva protesta en Tribunales por fallo contra jueza Atala. La manifestación en rechazo al fallo que quitó la tuición de sus hijas a la magistrada por ser lesbiana, reunió a casi un centenar de personas en el frontis del Palacio de Tribunales”. Emol (Chile), 3 de junio de 2004. Disponible en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/detalle/detallenoticias.asp?idnoticia=149415> (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²² “Un juez frena una adopción porque cree que dos lesbianas no son una familia “normal””. El País (España), 30 de junio de 2007. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/juez/frena/adopcion/cree/lesbianas/familia/normal/elpepusoc/20070630elpepusoc_7/Tes (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²³ “Mujer obliga a su hija adolescente a casarse a cambio de un cerdo y alfombras. La chica, de origen tongano, se negó a aceptar el matrimonio impuesto y se escapó durante la noche de boda”. La Tercera (Chile), 10 de enero de 2010. Disponible en: http://latercera.com/contenido/678_216324_9.shtml (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²⁴ “Tres mujeres son azotadas por haber mantenido relaciones sexuales fuera del matrimonio”. Europapress, 17 de febrero de 2010. Disponible en: http://www.europapress.es/internacional/noticia-malasia-tres-mujeres-son-azotadas-haber-mantenido-relaciones-sexuales-fuera-matrimonio-20100217144858.html?bo=tb_ch (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²⁵ “Pierde el trabajo y la libertad por ser gay”. El Universal (México), 23 de diciembre de 2009. Disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/sociedad/5023.html> (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²⁶ “Uganda debate la pena de muerte para los homosexuales”. El País, 11 de enero de 2010. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Uganda/debate/pena/muerte/homosexuales/elpepusoc/20100111elpepusoc_7/Tes (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²⁷ “Does every child need a father? How the nation is divided?”. Timesonline (Inglaterra), 10 de abril de 2008. Disponible en: http://www.timesonline.co.uk/tol/life_and_style/health/article3716777.ece (último acceso: 17 de febrero de 2010)

⁵²⁸ “La transexualidad adolescente ya no es tabú. Holanda y España reciben pacientes a partir de seis años”. El País (España), 29 de septiembre de 2008. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/transexualidad/adolescente/tabu/elpepusoc/20080929elpepusoc_5/Tes (último acceso: 17 de febrero de 2010)

No es suficiente, en mi comprensión del tema, adoptar acciones positivas a favor de la *mujer* o incorporar la *perspectiva de género* en las políticas públicas nacionales de educación o salud, por ejemplo. Se requiere abordar la cuestión de la *sexualidad* de manera mucho más integral y con carácter holístico considerando todos los derechos que pueden emanar del *sexo*, del *género* y en lo amplio de la *sexualidad humana* tanto para *hombres* como para *mujeres*, desde el más básico derecho de este tipo: el de vivir libremente esta sexualidad - por cierto con los límites que como todo derecho encontrará en su ejercicio y pensando en un (a) sujeto (a) que es plenamente capaz o que goza de una adecuada forma de representación para el ejercicio de sus derechos - hasta los llamados *derechos sexuales y reproductivos* que incluyen por ejemplo los derechos a elegir cómo, cuando y con quien se mantienen relaciones sexuales, se contrae matrimonio o se decide tener un hijo (*derechos sexuales*) hasta el derecho a un nivel adecuado de salud sexual y reproductiva (*derechos reproductivos*).

Lo que presentaré en los apartados siguientes es la recepción de estas reivindicaciones históricas que he reseñado en el Derecho Internacional a partir del criterio identificador que denomina *sexo*, desde una perspectiva amplia que incluya desarrollos ejemplificativos de los planos normativo, institucional y jurisprudencial cuando sea relevante, y considerando iniciativas del mundo del derecho blando o *soft*, antes de ir en los capítulos siguientes a los desarrollos de la no discriminación por los criterios de *identidad de género* y *orientación sexual*, lo que permitirá comprobar la concepción reduccionista sobre la *sexualidad* que hay en el orden jurídico internacional como vengo sosteniendo como hipótesis.

Las diferencias que existen entre los desarrollos a favor de terminar con las discriminaciones por *sexo* y aquellas que se producen por *identidad de género* u *orientación sexual* y que se ilustrarán a partir de este capítulo y el que sigue, muestran como la universalidad y la indivisibilidad de los derechos humanos que son los rasgos que el discurso mundial acepta casi unánimemente no tienen una vida tan real para algunos o algunas más allá de los instrumentos que los han consagrado.

2.2. La incorporación del criterio *sexo* en Naciones Unidas y los sistemas regionales. Derechos para las mujeres.

Hay que recordar lo expresado antes en orden a que el *sexo* es el primer y más extendido criterio de discriminación en la historia de las civilizaciones humanas, revistiendo muchas formas pues normalmente en el caso de la mujer confluye una doble discriminación - por lo menos - lo que trae su arraigo en la antigua institución del patriarcado, lo que lleva además a que en el caso de la discriminación por *sexo* que sufren las *mujeres* las características de la razonabilidad y justificación de las diferencias cobren especial importancia. Pese a ello, es un hecho patente que la razonabilidad y la justificación no existen en los muchos casos - en contextos geográficos diferentes - en que a las mujeres se les margina de los desarrollos sociales, políticos y económicos más relevantes a partir

por ejemplo de entender la maternidad como una labor y responsabilidad primera y exclusiva para ella; de concebir que algunos cargos no pueden estar accesibles para mujeres, o de entender que en ciertos puestos de trabajo su remuneración tiene que ser menor a la de un hombre en igual cargo y responsabilidad.

Por eso es que la participación de las mujeres en el proceso de elaboración del nuevo orden es un hecho que algunas autoras y aún autores han querido registrar como forma de dar pruebas de la importancia que desde su inicio la nueva institucionalidad jurídica internacional ha dado a la mujer, partiendo de la constatación de la necesidad de su incorporación en la agenda mundial en distintas claves aunque todas en función de sus derechos⁵²⁹.

Ello no es menor de resaltar ya que en el derecho internacional clásico el rol de las mujeres y sus asuntos ha sido casi nulo hasta hace unos años y una *perspectiva femenina* (o de *género*) para ver el orden internacional en asuntos como la seguridad o la responsabilidad internacional nunca fue siquiera analizada como opción para el desarrollo de esta rama jurídica reguladora de las relaciones internacionales⁵³⁰, dejando a veces lo femenino como ligado a las perspectivas que desde el mundo en desarrollo surgieron para mejorar el derecho internacional luego de iniciado y tomado fuerza el proceso de descolonización auspiciado por Naciones Unidas⁵³¹.

Desde esta mirada, algunos conceptos tan relevantes para la humanidad como la definición de tortura que se consagra en la Convención de Naciones Unidas sobre la materia se ha construido en realidad con mirada netamente masculina, centrada en los maltratos en el ámbito de lo que se considera “lo público”, entendiendo que sólo en esa esfera se pueden dar tratos que se califiquen de tortura; la noción de “refugiado” ha sido interpretada a la luz de la experiencia masculina, lo cual ha significado que muchas de las solicitudes presentadas por mujeres - y por minorías sexuales - hayan quedado silenciadas por muchas décadas; la prostitución de mujeres y niños se ha mirado principalmente en función de su afectación a los intereses económicos y no considerando a sus víctimas y las secuelas que en ellas quedan en lo afectivo y en lo social, por ejemplo; la discriminación por *sexo* no ha llegado nunca a considerarse tan grave como sí lo es la discriminación racial, considerada incluso como norma de *ius cogens* sin discusión, y la autodeterminación de los pueblos como principio del orden internacional contemporáneo no tiene en cuenta los reclamos de las mujeres en su especial rol dentro de este proceso. Incluso la

⁵²⁹ Véase Rodríguez Manzano, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz* (cit) pp. 15-23; Gaudart, D. “Charter-based Activities Regarding Women's rights in the United Nations and Specialized Agencies”, en Benedek, W., Kisaakye E. and Oberleitner, G. (Edited by), *Human Rights of Women. International Instrument and African experiences*, Zed Books in association with World University Service, Austria, Graz, 2002, pp. 54-58.

⁵³⁰ Véase de la misma autora un trabajo en que da cuenta de esta falta de incorporación de las mujeres y el género en el estricto campo de las relaciones internacionales y sus conceptualizaciones teóricas a partir de distintos paradigmas y cómo las teorías feministas han tratado de entrar en ese ámbito científico del análisis internacional. Rodríguez Manzano, I. “Mujeres, Género y Teoría Feminista en las Relaciones Internacionales”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 2001. En la misma línea: Aguirre, I. “La Teoría Normativa de las Relaciones Internacionales hoy”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, pp. 90-92.

⁵³¹ Véase Cornago, N. “Desarrollo, Subdesarrollo y postdesarrollo: Un análisis crítico del debate contemporáneo”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pp. 77-80.

construcción clásica que aún distingue los derechos de primera, segunda y tercera generación mira más bien a esferas que no son aquellas en que las mujeres necesitan más protección por la gravedad de la discriminación que padecen. Desde luego, la esfera de lo público y lo gubernamental; la poca consideración por el trabajo que muchas mujeres desarrollan sin pago y en sus hogares, y el derecho al desarrollo mirado en buena medida como ligado a un modelo económico androcéntrico son ejemplos en las llamadas por muchos como las tres generaciones⁵³².

Ahora bien, más allá de estas diferentes ópticas, si se analiza la *Carta de las Naciones Unidas* se observa la referencia al *sexo* (entendido claramente como sinónimo de *mujer*) en varios de sus artículos y ya desde el Preámbulo incluso, el que quedó mejorado gracias al trabajo de dos juristas mujeres de los Estados Unidos, la profesora de literatura inglesa, Virginia C. Gildersleeve, miembro de la delegación de ese país en la Conferencia de San Francisco de 1945, y su asistente, Navy Lieutenant Commander Elizabeth Reynard⁵³³. En los propósitos del artículo 1º viene la referencia a la no discriminación por *sexo* a raíz de la indicación de la realización de la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales, idea que se repite por ejemplo en el artículo 8º a propósito de la elegibilidad de los integrantes de los órganos de la organización, a pesar de que algunos señalaron que este artículo estaba de más en la Carta⁵³⁴; en el 13.1º letra b) en el marco de las funciones de la Asamblea General; en el 55 letra c) referido a la cooperación internacional económica y social; y en el 76 letra c) a propósito de los objetivos básicos del régimen de administración fiduciaria.

⁵³² Véanse Charlesworth, H., Chinkin Ch., and Wright Sh., "Feminist Approaches to International Law", en *The American Journal of International Law*, Vol.85, 1991 y Charlesworth, H. "Human Rights as Men's Rights", en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women's Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.

⁵³³ En el texto propuesto en Dumbarton Oaks no se incluía referencia alguna a la mujer. Los borradores hacían mención a la expresión "*We the Nations*". Las profesoras mencionadas fueron autoras de la versión final que dice en su versión original en inglés: "*We, the people of the United Nations, determined to save succeeding generations from the scourge of war*".

⁵³⁴ Es interesante apuntar que hasta la fecha nunca una mujer ha ocupado el cargo de Secretario General de la ONU. Mención aparte merece la escasa participación de mujeres en la institucionalidad internacional contemporánea, sea en organizaciones, comisiones o tribunales internacionales. A modo de ejemplo cito la Organización Internacional del Trabajo, que desde 1999 es dirigida por el chileno Juan Somavía y jamás ha tenido a una mujer como Directora General (Fuente: <http://www.ilo.org/public/english/bureau/dgo/staff/former.htm> - último acceso: 25 de febrero de 2010); la Organización Mundial del Comercio que, desde el antiguo GATT hasta estos días sólo ha tenido hombres como Directores Generales (Fuente: http://www.wto.org/spanish/thewto_s/dg_s/exdgs_s.htm - último acceso: 17 de febrero de 2010); el Banco Mundial, jamás presidido por una mujer (Fuente: <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0..contentMDK:21395231~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html> - último acceso: 25 de febrero de 2010); la Comisión de Derecho Internacional que de sus 34 integrantes electos en 2006 sólo 2 han sido mujeres (Fuente: <http://www.un.org/law/ilc/> - último acceso: 25 de febrero de 2010); el Tribunal Internacional del Mar que no registra ninguna mujer entre sus jueces (Fuente: http://www.itlos.org/start2_en.html - último acceso: 25 de febrero de 2010); el Tribunal Penal para Rwanda que del total de 26 jueces sólo 6 son mujeres (Fuente: <http://www.ictj.org/ENGLISH/geninfo/chambers.htm> - último acceso: 25 de febrero de 2010); el Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia en que 6 mujeres son jueces de un total de 28 (Fuente: <http://www.icty.org/sid/151> - último acceso: 25 de febrero de 2010); el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en que sólo 17 son mujeres del total de 46 jueces que lo integran (Fuente: <http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/The+Court/Judges+of+the+Court/> - último acceso: 25 de febrero de 2010) o la Corte Interamericana de Derechos Humanos que de 7 jueces sólo cuenta hoy con 2 mujeres (Fuente: <http://www.corteidh.or.cr/composicion.cfm> - último acceso: 25 de febrero de 2010). Pese a estas cifras que he dado a modo ejemplar, no puedo omitir si quiero ser responsable en los juicios, que en los últimos años esta tendencia tiende a revertirse especialmente en el ámbito jurisdiccional internacional como lo prueban la anterior presidencia de la Corte Interamericana por la jueza chilena Cecilia Medina, o la anterior Fiscalía del Tribunal Penal para la Ex Yugoslavia a cargo de la suiza Carla del Ponte, o - saliendo del ámbito jurisdiccional - el hecho de que el cargo de Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos haya recaído en una mujer en las últimas designaciones: la irlandesa Mary Robinson; la canadiense Louise Arbor y la jurista sudafricana Navanethem Pillay; que la actual Directora General de la Organización Mundial de la Salud sea la doctora china, Margaret Chang y que por primera vez y desde abril de 2009 una mujer, la neo zelandesa Helen Clark entrara en funciones como Administradora del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo.

Del mismo modo, si se analizan los trabajos preparatorios de la Carta se observa la presencia de un grupo de mujeres en algunas delegaciones, destacando evidentemente el rol que jugó la estadounidense Eleanor Roosevelt como anfitriona de todo el proceso posterior de derechos humanos y quien el 13 de febrero de 1946, en el marco de la trigésima reunión plenaria de la Asamblea General, presentaría al entonces Presidente, Paul Henri Spaak, lo que se llamó “*Carta Abierta a las Mujeres del Mundo*”, firmada por las delegadas y asesoras de todos los países con representación femenina y leída por ella en el órgano plenario, recordando la labor de las mujeres durante la Segunda Guerra Mundial y confiando en que se les implicaría en el trabajo de las Naciones Unidas. Así, una australiana, una dominicana, una canadiense, una estadounidense, una brasilera, una uruguaya y una china hicieron de jefas de sus respectivas delegaciones, coincidiendo además con que la delegada australiana Jessie Mary Grey Street, la dominicana Minerva Bernardino y la brasilera Bertha Lutz, encabezaban en esos tiempos la *Australian Women’s Charter Conference*, la *Comisión Interamericana de Mujeres* y la *Federacao Brasileira pelo Progresso Femenino*, respectivamente.

Esta participación femenina dio paso luego a que en el marco del nacimiento de la Comisión de Derechos Humanos en 1946, ésta creara como un órgano subsidiario de ella, la llamada *Subcomisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer (Commission on the Status of Women)* que hasta el año 2010 ha sido el principal órgano dentro de Naciones Unidas encargado de la igualdad de *género* y el desarrollo y mejora de las condiciones de la mujer en este nivel. Fue creada por la Resolución 11 (II) del ECOSOC del 21 de junio de 1946 con el propósito de preparar recomendaciones y reportar al Consejo sobre la promoción de los derechos de la mujer en los campos político, económico, civil, social y educacional, quedando también comisionada para formularle recomendaciones cada vez que algún asunto urgente sobre la condición de la mujer requiera la atención del Consejo⁵³⁵.

Sobre estas bases, resultó evidente que la igualdad entre hombre y mujer apareciera consagrada ya en el Preámbulo de la *Declaración Universal* y que en su articulado también viniera a reflejarse. Ejemplos son la inclusión expresa del criterio *sexo* en el artículo 2.1; el artículo 16 al consagrar el derecho de “*los hombres y las mujeres*” a partir de la edad núbil a casarse y fundar una familia y la protección especial que se consagra para la maternidad en el artículo 25.2. Estos son los únicos artículos en que se consagra un ámbito particular y diferenciado de protección a las mujeres, lo cual sin duda fue un avance para 1948 pero resultando en todo caso evidente que las referencias que la incluyen expresamente se refieren a ámbitos de la vida privada y de familia, usando siempre expresiones genéricas para aquellos otros ámbitos del quehacer humano como el político, el económico o el educacional, por ejemplo, todo lo cual vendría a empezar a revertirse a partir de textos vinculantes posteriores.

⁵³⁵ Véase su sitio oficial <http://www.un.org/womenwatch/daw/csw/index.html> (último acceso: 26 de septiembre de 2010)

2.2.1. Las mujeres y acuerdos internacionales interesados en sus derechos.

Como bien ha indicado hace unos años una autora, la integración de los derechos de las mujeres en todo el sistema de las Naciones Unidas no es un objetivo fácil de realizar en la práctica “porque el método de trabajo de los distintos órganos se halla muy diversificado, y está, a su vez, condicionado por el grado de competencia o del mandato atribuido a cada órgano”⁵³⁶. Esta expresión, plenamente válida hoy, no puede en todo caso obstruir la mirada hacia lo que ha sido el trabajo normativo a su favor.

En base a la labor promovida desde la Subcomisión, desde el inicio las Naciones Unidas estuvo interesada en los derechos de las mujeres. Prueba de ello son tres convenciones que son las primeras en ocuparse normativamente de la condición de subordinación de la mujer respecto de los hombres en ámbitos bien determinados como son los derechos políticos, la nacionalidad y el matrimonio, cuestiones que fueron las primeras preocupaciones formales de los grupos que empezaron a luchar activamente por mejorar su condición.

La *Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer*, de 20 de diciembre de 1952, en vigor desde el 7 de julio de 1954, es el primer tratado de los tiempos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que va directamente hacia una situación que tenga que ver con la desigualdad entre ambos *sexos*. Como he venido diciendo, una primera gran desigualdad objeto de preocupación es la que tiene que ver con el ejercicio de derechos políticos. Esto en efecto fue constatado prontamente cuando en la Recomendación 56 (I) “Derechos Políticos de la Mujer”, de 11 de diciembre de 1946, la Asamblea General daba cuenta que ciertos estados no habían aún concedido a mujeres derechos políticos iguales a los otorgados a los hombres y recomendaba que tales estados adoptaran las medidas necesarias para cumplir con los propósitos y fines de la Carta en este respecto, concediendo a las mujeres los mismos derechos políticos que a los hombres. La Convención citada vino a ser resultado normativo de esta sentida aspiración femenina desde los orígenes de los movimientos reivindicativos consagrando en un breve texto el derecho de sufragio activo y pasivo para las mujeres, sin discriminación alguna.

Poco después se lograría la *Convención sobre Nacionalidad de la Mujer Casada*, adoptada por la Asamblea General a través de su Resolución 1040 (XI) de 29 de enero de 1957 y en vigor desde el 11 de agosto de 1958, gran avance en consonancia con el artículo 15 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* que en 1948 había innovado en materia de derechos al considerar a la nacionalidad en carácter de tal para el individuo, sacando la cuestión de la sola esfera ligada a los estados y su soberanía sobre la población. Este acuerdo estableció el derecho de la mujer a retener su nacionalidad en caso de matrimonio y que ésta no debe verse afectada automáticamente

⁵³⁶ Castro-Rial, F., “Los Derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes”, en Blanc, A. (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 308.

como resultado del matrimonio, de su disolución o del cambio de nacionalidad del marido durante el matrimonio, modificando de alguna manera lo que había sido el enfoque clásico hasta esos tiempos en este ámbito, el de la llamada “nacionalidad dependiente” de la mujer respecto del marido, con base en aquella premisa histórica de que la condición jurídica de la mujer surge por medio de su relación con un hombre, sea el padre o sea el marido⁵³⁷.

La *Convención sobre el Consentimiento para el Matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y el Registro de los Matrimonios*, adoptada en Resolución 1763 A (XVII) de 7 de noviembre de 1962 y en vigor desde el 9 de diciembre de 1964 fue la tercera de este primer grupo de tratados, cercanos en el tiempo y en los objetivos generales, que trataron de generar una mejora sustancial en el reconocimiento material de derechos para las mujeres. Este acuerdo en todo caso da un paso más adelante al reconocer el derecho al matrimonio tanto a hombres como a mujeres, poniendo énfasis en que debe contarse siempre con el consentimiento libre e informado de ambas partes que quieren contraerlo, debiendo garantizarse una edad mínima y además que deba realizarse siempre en un registro llevado por autoridad competente, en concordancia a su vez con el artículo 16 de la *Declaración Universal*.

A estas tres convenciones adoptadas en el seno principal de las Naciones Unidas hay que sumar en esta primera etapa el trabajo logrado desde los organismos especializados y que si bien no tienen sus trabajos como “sujeto receptor” única y específicamente sólo a la mujer sí ayudaron en esta primera configuración de una mejora sustancial de sus derechos en el naciente plano jurídico internacional de los derechos humanos.

En el caso de la Organización Internacional del Trabajo esto tiene un origen histórico incluso anterior a 1945 y tiene que ver con los objetivos que desde su nacimiento en 1919 se ha formulado la organización ya que en los hechos siempre ha estado comprometida con los derechos laborales de las mujeres, buscando así una *igualdad entre los sexos* en este ámbito, lo que llega hasta los tiempos actuales en la incorporación de la idea de *igualdad de géneros* en el marco del proyecto de promoción del “trabajo decente” como concepto que se impulsa desde esta organización⁵³⁸, no obstante lo cual no debe perderse de vista que la visión sigue siendo una ligada al *género femenino*⁵³⁹.

⁵³⁷ Deben considerarse antecedentes de esta Convención el *Convenio de La Haya sobre Conflictos de Nacionalidad*, de 1930, que establecía que el cambio de nacionalidad del marido no afectaría a la nacionalidad de la mujer, salvo que ella manifestara su voluntad; y el *Convenio de Montevideo sobre Nacionalidad de la Mujer Casada*, de 1933, elaborado por la Comisión Interamericana de Mujeres creada en 1928 para presentar un texto sobre la cuestión ante la Séptima Conferencia Internacional de Estados Americanos, en que se establece que no se hará distinción alguna en materia de nacionalidad basada en el sexo, idea que se reforzó, por la situación de la mujer, en el *Convenio de Montevideo sobre Nacionalidad*, del mismo año 1933, en que se dispone que ni el matrimonio ni su disolución pueden afectar la nacionalidad de los cónyuges (marido y mujer) o de los hijos.

⁵³⁸ El concepto de “trabajo decente” fue acuñado por vez primera por el chileno Juan Somavía en su Memoria del año 1999 como Director General de la Organización Internacional del Trabajo en su 87ª. Reunión en Ginebra y se enfoca en las características que debería tener una relación laboral de manera que el trabajo se realice en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, propugnando que por debajo de esas condiciones el trabajo no es libre para el ser humano y enfatizando en que es más importante la calidad que la cantidad del empleo que sea crea. En el marco de la igualdad se propugna para el trabajo decente la lucha contra la discriminación en el empleo por razones de raza, etnia, origen nacional, religión, edad o género, que del contenido de esta Memoria queda referido como sinónimo de género femenino. En efecto, bajo el epígrafe “La Política de Género” se señalan las siguientes ideas “*Las mujeres han transformado los mercados de trabajo en todo el mundo. En muchos países, la actuación de la mujer en la población activa es lo que determina la evolución del empleo. Las tasas de actividad masculina están menguando a la*

En esa línea de derechos a favor de la igualdad laboral y la mejora para la mujer en esta esfera de lo normativo posterior a 1945⁵⁴⁰ están fundamentalmente los siguientes cuatro instrumentos: la *Convención N° 100, sobre Igualdad de Remuneración entre la mano de obra masculina y la mano de obra femenina por un trabajo de igual valor*, adoptada en 1951, la *Convención N° 111, sobre Discriminación en materia de ocupación y empleo*, de 1958; el *Convenio N° 156, sobre los Trabajadores con responsabilidades familiares*, de 1981, y el *Convenio N° 183, sobre Protección de la Maternidad*, del año 2000, tratado éste último especialmente relevante pues supuso una revisión de la normativa internacional relativa a trabajo y maternidad, considerando el aumento de las mujeres que trabajan fuera del hogar, la desprotección en que muchas quedan a causa de la maternidad y sobre todo la discriminación que se produce en el trabajo para las mujeres que optan por ser madres.

Por su lado, la Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura también se ha manifestado en instrumentos vinculantes como promotora de la no discriminación y en concreto de la no discriminación de la mujer, en sus campos de acción que hoy abarcan también a las comunicaciones en el medio de un mundo globalizado.

En esa línea, especialmente la *Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza*, establece que no se considera discriminación la creación o el mantenimiento de establecimiento de enseñanza separados “*para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino*”, siempre que supongan un igualdad entre ambos en el personal, los locales y el equipamiento, en un lenguaje de su versión oficial en español (“sexo masculino” y “sexo femenino”) que se explica por el tiempo en que fue aprobado este instrumento, a inicios de la década del sesenta.

Tal vez en la esfera más visible del trabajo de la UNESCO, la educación, es donde se han desarrollado mayores estrategias normativas a partir de este relevante acuerdo vinculante, y aunque se pone énfasis en la necesidad de que no se produzcan discriminaciones por razón de *sexo*, resulta paradójico que un importante tratado de la organización como es la *Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional*, adoptada en el seno de la Asamblea General el 10 de noviembre de 1989 y

vez que aumentan las femeninas. La transformación estructural de las economías, los cambios demográficos, la desestructuración y las nuevas formas de concebir el tiempo han dado una nueva definición a las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres y de los hombres....” “...La mundialización y la reestructuración de la economía fomentan formas flexibles de empleo, muchas de las cuales quedan al margen de la legislación laboral y de la protección social y se caracterizan por unos ingresos modestos y un alto grado de inseguridad. Esas tendencias afectan tanto a los hombres como a las mujeres, pero éstas son más vulnerables...”. Véase “Memoria del Director General: Trabajo Decente”, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 87va. Reunión, junio de 1999. Disponible en: <http://www.ilo.org/public/spanish/standards/relm/ilc/ilc87/rep-i.htm> (último acceso: 2 de septiembre de 2009)

⁵³⁹ Véase el documento Informe VI “La Igualdad de género como eje del Trabajo Decente”, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 98°. Reunión, junio de 2009. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf (último acceso: 2 de septiembre de 2009) Antes, en el año 1985, se había discutido en el seno de la OIT sobre la igualdad de género, al debatirse el tema “Igualdad de oportunidades y de trato para los hombres y las mujeres en el empleo”. Véase documento Informe VII “La Igualdad de oportunidades y de trato para los hombres y las mujeres en el empleo”, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 71°. Reunión, 1985.

⁵⁴⁰ Antes de esa fecha se encuentran como principales el *Convenio N° 3 sobre la Protección de la Maternidad*, de 1919 (revisado en 1952 en el *Convenio N° 103* y ya reemplazado con el *Convenio N° 183*, del año 2000); el *Convenio N° 4 sobre el Trabajo nocturno de mujeres* (revisado en 1948 en el *Convenio N° 89* y que cuenta con un Protocolo del mismo año); y el *Convenio N° 45 sobre el Trabajo Subterráneo de mujeres*, del año 1935.

en vigor desde el 29 de agosto de 1991, no contenga ninguna previsión para que los materiales y estrategias educativas que adopten los estados no contengan elementos sexistas.

Esto de alguna manera ha venido a quedar corregido - al menos en parte - con otro importante desarrollo convencional de la UNESCO como es la *Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales*, adoptada por la Conferencia General el 20 de octubre de 2005 y en vigor desde el 18 de marzo de 2007 que asocia la cultura a la mejora de las condiciones de la mujer y su papel en la sociedad dando así un nuevo enfoque. En el articulado, en la parte IV que refiere a los Derechos y Obligaciones de las Partes establece de forma expresa en el artículo 7 sobre las medidas para promover las expresiones culturales que las partes deben procurar crear en su territorio un entorno que incite a las personas y a los grupos a crear, producir, difundir y distribuir sus propias expresiones culturales, y tener acceso a ellas, prestando la debida atención a las circunstancias y necesidades especiales de las mujeres.

Ahora bien, en cuanto a los famosos Pactos de 1966 y como se ha mencionado antes en este trabajo, si bien no contienen una construcción explícita de la discriminación como manifestación del principio de igualdad, sí hay en ellos un marco normativo que busca establecerla considerando en ambos al *sexo* como criterio preferente en las sospechas por discriminación. Desde luego el punto de partida a favor de la no discriminación es el artículo 26 del PIDCP, herencia del 7º de la *Declaración Universal* de 1948. No debe en todo caso perderse de vista que la desigualdad casi endémica entre los *sexos* se tuvo en especial consideración desde el inicio al consagrar ambos textos un idéntico artículo 3^o⁵⁴¹, que viene a denotar la conciencia que ya se estaba sentando a mitad de los años sesenta en orden a que antes de cualquier discriminación por criterio sospechoso, sea por raza, color, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, está la necesidad de distinguir la diferente situación de *hombres y mujeres*, lo que se reflejó por ejemplo en la regulación del derecho a la vida y la aplicación de la pena de muerte que por el artículo 6 no se puede aplicar a mujeres en estado de gravidez.

Pese a ello hay que destacar que fuera de esa norma del artículo 3, solamente el artículo 23 del PIDCP en su número 2º habla de “*hombres y mujeres*”⁵⁴², recurriendo al uso de expresiones con pretendida vocación inclusiva general como “*ser humano*”, “*persona*”, “*niño*” o “*individuo*”, por ejemplo, cuando quiere incluir a ambos en otras partes del articulado.

Así las cosas, los mencionados son los principales tratados que han recogido expresamente alguna fórmula de mejorar la situación normativa de la mujer para no ser discriminada. A ellos sin embargo se pueden agregar otros instrumentos que, teniendo otro fin inmediato, han ido igual a fortalecer un marco garantista de derechos o a referirse a ciertas situaciones de la vida en que las mujeres corren con clara desventaja frente a los hombres.

⁵⁴¹ “Los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto”.

⁵⁴² “Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello”.

Entre ellos me parecen relevantes el *Convenio para la represión de la trata de personas y de la explotación de la prostitución ajena*, adoptado por Resolución de la AGNU 317 (IV) de 2 de diciembre de 1949, en vigor desde 25 de julio de 1951, que si bien usa un lenguaje bastante poco sexista que da la idea que víctimas de la prostitución ajena pueden ser tanto mujeres como hombres, muestra la mayor vulnerabilidad de mujeres en la lectura del Preámbulo y de artículos como el 17.1⁵⁴³ y el 20⁵⁴⁴ que piden a los estados parte poner énfasis en la situación particular de las mujeres (y niños) en lo que toca a algunas de las medidas que deben adoptar⁵⁴⁵.

Otro acuerdo relevante también es la *Convención Suplementaria sobre la abolición de la Esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud*, de 7 de septiembre de 1956 y en vigor desde el 30 de abril de 1957, que junto con reafirmar el concepto histórico de esclavitud, incorporó un conjunto de prácticas e instituciones que también deben ser abolidas y entre ellas un conjunto de prácticas relacionadas con la mujer y el matrimonio que incluyen la cesión contra su voluntad o a título oneroso para contraer matrimonio, el derecho del marido o de la familia a cederla a un tercero a título oneroso y la transmisión de la mujer a título de herencia.

Más recientemente, el *Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía*, adoptado por Resolución A/RES/54/263/ de 25 de mayo de 2000, en vigor desde el 18 de enero de 2002, reconoce en el Preámbulo “que la representación de niñas entre las personas explotadas sexualmente es desproporcionadamente alta” demostrando que en el marco de la vulnerabilidad reconocida que afecta a niños y niñas, son ellas las que la padecen de peor manera.

En la misma línea se enmarca el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños que complementa la Convención de Naciones Unidas sobre Delincuencia organizada transnacional*, abierto a la firma el 12 de diciembre de 2000, que en el marco de su finalidad establece en el artículo 2 que se debe prestar especial atención a las mujeres y los niños, lo que refuerza en los artículos 6°, en el marco de la asistencia y protección a las víctimas de la trata de personas que deberá tener en cuenta el sexo y las necesidades especiales

⁵⁴³ “Las Partes en el presente Convenio se comprometen a adoptar o mantener, en relación con la inmigración y la emigración, las medidas que sean necesarias, con arreglo a sus obligaciones en virtud del presente Convenio, para combatir la trata de personas de uno u otro sexo para fines de prostitución. En especial se comprometen: 1) A promulgar las disposiciones reglamentarias que sean necesarias para proteger a los inmigrantes o emigrantes, y en particular a las mujeres y a los niños, tanto en el lugar de llegada o de partida como durante el viaje;...”

⁵⁴⁴ “Las Partes en el presente Convenio, si no lo hubieren hecho ya, deberán adoptar las medidas necesarias para la inspección de las agencias de colocación, a fin de impedir que las personas que buscan trabajo, en especial las mujeres y los niños, se expongan al peligro de la prostitución”.

⁵⁴⁵ La materia encuentra sus antecedentes normativos en el *Acuerdo internacional del 18 de mayo de 1904 para la represión de la trata de blancas*, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 3 de diciembre de 1948; en el *Convenio internacional del 4 de mayo de 1910 para la represión de la trata de blancas*, modificado por el precitado Protocolo; en el *Convenio internacional del 30 de septiembre de 1921 para la represión de la trata de mujeres y niños*, modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947; y en el *Convenio internacional del 11 de octubre de 1933 para la represión de la trata de mujeres mayores de edad*, modificado por el precitado Protocolo. Debe recordarse también que la Sociedad de las Naciones redactó en 1937 un proyecto de Convenio para extender el alcance de tales instrumentos.

de las víctimas; y 9º en lo que toca a la prevención de la trata, estableciendo que se debe proteger especialmente las mujeres y los niños, contra un nuevo riesgo de victimización.

Con una clara relación con el tema de las mujeres, su permanente situación de desigualdad y en vista de lo que es su presencia en los fenómenos migratorios contemporáneos y el trato, violencia y explotación que reciben muchas veces por parte de sus empleadores, la *Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y sus familias*, de 18 de diciembre de 1990 y en vigor desde el 1º de julio de 2003, recoge el sentir y señala en uno de sus primeros artículos que el reconocimiento de los derechos por parte de los estados a los trabajadores migratorios y sus familias debe hacerse sin discriminación por motivos de *sexo*.

Ahora bien, los planos regionales también han dado muestras de una preocupación por los derechos de las mujeres y su no discriminación.

Los principales instrumentos del sistema europeo han incorporado sistemáticamente el *sexo* como criterio de discriminación prohibido. En esa línea el *Convenio Europeo para la Salvaguarda y Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales* lo recoge en su artículo 14 como el primer criterio enunciado en su prohibición de discriminación, habiéndose recogido ya en el artículo 12 la igualdad entre ambos (hombre y mujeres) en relación al derecho a contraer matrimonio.

Este texto vinculante se ha complementado como es sabido por la *Carta Social Europea de 1961*, que reconoce en su Parte I y en el marco de los derechos y principios que persigue que se hagan efectivos, la situación especial de la trabajadora que es madre y su derecho a una protección especial; y la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y de profesión, sin discriminación de *sexo*. En su Parte II refuerza las mismas ideas al consagrar “*el derecho de los trabajadores de ambos sexos a una remuneración igual por u trabajo de igual valor*” y estableciendo que el derecho a la formación profesional debe ser asegurado a “*ambos sexos*” al igual que refiriéndose a *ambos sexos* en lo que toca al tema de los derechos de los trabajadores con responsabilidades familiares. La discriminación de la mujer toma también cuerpo como base para garantizar los derechos sociales a todos al dedicar el artículo 8º a la protección de la maternidad como un derecho de las trabajadoras y al desarrollar ciertos ámbitos para la garantía de la igualdad de oportunidades sin discriminaciones por sexo en el artículo 20. Un aspecto interesante es la referencia al acoso sexual en el marco de la dignidad del trabajo a que se refiere el artículo 26, sin circunscribir este acoso sólo a prácticas que afecten a trabajadoras y evidentemente la cláusula obligada de no discriminación de la Parte V que va en consonancia con la normativa internacional de derechos humanos en la forma de una cláusula abierta y subordinada⁵⁴⁶.

⁵⁴⁶ Otros acuerdos importantes adoptados en el seno del Consejo de Europa son por ejemplo el *Convenio para la Prevención de la Tortura y de Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes*, de 1987, en vigor desde 1989; el *Convenio Marco la Protección de las Minorías Nacionales*, de 1995, en vigor desde 1998; que ninguna referencia expresa contienen sobre las diferencias entre hombres y mujeres en los ámbitos de sus respectivos objetos de regulación.

En un desarrollo normativo bastante reciente e innovador, el Consejo de Europa ha adoptado la *Convención para la Acción contra el Tráfico de Seres Humanos*, abierta a la firma el 16 de mayo de 2005, en vigor desde el 1° de febrero de 2008. Ya en su Preámbulo reconoce que la lucha contra la trata de seres humanos debe ser no discriminatoria y “*tomar en consideración la igualdad de género...*”, lo que da cuenta de la conciencia de la magnitud que el tema tiene en la vida de muchas mujeres. Luego, en el objeto del convenio da cuenta de que este es “*a. prevenir y combatir la trata de seres humanos, garantizando la **igualdad de género**. b. proteger los derechos humanos de las víctimas de la trata, diseñar un marco global de protección y de asistencia a las víctimas y a los testigos, garantizando la **igualdad de género**....*” (el destacado es mío) dando muestra así de la consideración preferente que debe hacerse en relación a la mujer cuando se habla de trata de seres humanos lo que también se pone de relieve a considerar el *sexo* como el primer criterio de discriminación mencionado en el artículo 3°. El enfoque de género también se indica que debe estar presente en las prácticas y políticas que adopten los estados partes y se puede notar fácilmente que las diferencias *por género* deben ser consideradas al denominar al Capítulo III, “Medidas para proteger y promover los derechos de las víctimas, garantizando la igualdad de género” que termina con un artículo 17 instando a las partes a hacer lo posible “*por promover la igualdad de género y la integración de la perspectiva de género en el desarrollo, ejecución y evaluación de dichas medidas*”. Pese a los sustanciales avances que esto supone - que han de entenderse por el contexto temporal en que se adopta este instrumento - hay que notar que de algunas normas en el sentido que vengo diciendo, como el artículo 6 letra d) queda patente que *sexo* se ha estimado sinónimo de *género*. La relevancia de este Convenio aumenta no obstante ello al constatar que en la composición del Grupo de Expertos en la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, conocido por su sigla en inglés, GRETA (*Group of Experts on Action against Trafficking in Human Beings*), se considera en el artículo 36.2 una “*...participación equilibrada de hombres y mujeres...*”.

Ahora bien, no siendo exactamente un desarrollo en la forma de un convenio sí me parece que debe mencionarse lo que ha sido el criterio jurisprudencial a favor de la mujer y su igualdad recogido por el Tribunal Europeo por la vía consultiva, a propósito de la integración de la Corte⁵⁴⁷.

En efecto, en lo que toca a su integración es de destacar los esfuerzos promovidos por el Consejo de Europa para lograr una mayor igualdad en la presencia de ambos sexos en la elección de los jueces del TEDH, la que se lleva a cabo sobre la base de los artículos 21 y 22 del CEDH, ninguno de los cuales hace referencia alguna a esta necesidad de garantizar la igualdad, dando pie a

⁵⁴⁷ Aunque no tiene que ver con el mismo asunto, otro importante desarrollo por vía consultiva emana del sistema americano y se dio a través de la Opinión Consultiva N° 4, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, del 19 de enero de 1984, en que se hizo referencia a construcciones discriminatorias entre hombres y mujer en lo tocante al sistema de otorgamiento de nacionalización que pretendía establecer dicho país. Son relevantes a este fin los párrafos 64-67, especialmente este último que señala que “*...la Corte interpreta que no se justifica y debe ser considerada como discriminatoria la diferencia que se hace entre los cónyuges en el párrafo 4 del artículo 14 del proyecto para la obtención de la nacionalidad costarricense en condiciones especiales por razón del matrimonio. En este aspecto, ...ésta expresa el principio de igualdad conyugal y, en consecuencia, se adecúa mejor a la Convención. Según ese proyecto tales condiciones serían aplicables no sólo a "la mujer extranjera" sino a toda "persona extranjera" que case con costarricense*”. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

la adopción de las Resoluciones 1366, del año 2004, y 1426, del año 2005, por parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo.

A propósito del rechazo a una lista de candidatos propuesta en 2007 por el Gobierno de Malta que no incluía ninguna mujer, surgió el cuestionamiento jurídico sobre si se podía ir más allá del propio tenor del Convenio que nada dice sobre el punto. La cuestión motivó una Opinión Consultiva del propio órgano emitida el 12 de febrero de 2008 en que la pregunta primera y central era si puede una lista de candidatos para ocupar el puesto de Juez del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ser rechazada sólo sobre la base de cuestionamientos de género, cumpliendo los requisitos previstos en el artículo 21 del Convención.

Al respecto la Corte ha remarcado la importancia de garantizar la igualdad de *género* (y queda claro que hace sinónimo *género* a *mujer* pues utiliza indistintamente ambas expresiones) y estima que esta disposición de considerar mujeres en las listas de candidatos al TEDH debe considerarse como una medida de discriminación positiva de parte de los estados ya que la necesidad de incorporar a la mujer en las esferas públicas incluye la judicial, pero pese a ello estima: “... *where a Contracting Party has taken all the necessary and appropriate steps with a view to ensuring that the list contains a candidate of the under represented sex, but without success, and especially where it has followed the Assembly’s recommendations advocating an open and transparent procedure involving a call for candidatures (see paragraph 22 above), the Assembly may not reject the list in question on the sole ground that no such candidate features on it. Accordingly, exceptions to the principle that lists must contain a candidate of the under-represented sex should be defined as soon as possible*”.

En su consecuencia práctica la cuestión no es menor pues como apunta la misma Opinión, en los otros tribunales internacionales - salvo la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos que tiene una regla no vinculante - no existe una invocación normativa a la representación de *género*, poniéndose el énfasis en la representación geográfica y de los distintos sistemas normativos del mundo.

Efectivamente, en el sistema americano ni en el Estatuto ni aún en el nuevo Reglamento de la Corte Interamericana, aprobado en su LXXV Período Ordinario de Sesiones celebrado entre el 16 al 28 de noviembre de 2009, se encuentran referencias a la necesidad de garantizar la paridad entre hombres y mujeres en la designación de candidatos y en la elección de jueces, aún cuando debe apuntarse la notoria y progresiva presencia de mujeres en el tribunal hasta llegar a que en enero de 2008 asumiera por vez primera una mujer la presidencia, recayendo ésta en la destacada jurista chilena, doña Cecilia Medina Quiroga, quien ocupó ese cargo hasta el fin de 2009.

Ahora, en cuanto a la no discriminación a la mujer en los textos normativos centrales del sistema americano hay que decir que en el *Pacto de San José de Costa Rica* se encuentra recogido el *sexo* entre los criterios expresamente referidos y también se repite la prohibición del PIDCP de no aplicar la pena de muerte a mujeres embarazadas, a diferencia del CEDH que nada dice en su

articulado sobre el tema. En el ámbito de la protección a la familia por su lado el artículo 17.4 insta a los estados partes a tomar medidas para garantizar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades entre los cónyuges lo que ha de entenderse como una manifestación en su tiempo a favor de la mujer, considerando la realidad del matrimonio heterosexual que se imponía en todos los países firmantes al momento de adoptarse el acuerdo.

Por su parte, en el *Protocolo de San Salvador* se trata del desarrollo de las personas en el área social y económica sin referencias específicas y directas a las mujeres. Sin embargo, el artículo 3.a establece el compromiso de los estados de garantizar los derechos del Pacto sin discriminación por razón de *sexo* y en otros artículos se toma en consideración la especial condición de la mujer. Así, se establece en el artículo 6.2 el deber de los estados en el marco del derecho al trabajo de ejecutar y fortalecer programas que coadyuven a una adecuada atención familiar, “*encaminados a que la mujer pueda contar con una efectiva posibilidad de ejercer el derecho al trabajo*”; el derecho de las mujeres como parte del régimen de seguridad social a tener “*licencia retribuida por maternidad antes y después del parto*”, como reza el artículo 9.2; y en el marco del derecho a la constitución y protección de la familia del artículo 15, la obligación del estado de “*conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto*”.

Antes de estos textos que son la espina dorsal actual del sistema americano, justamente en el ámbito de la situación de desigualdad de las mujeres se habían logrado algunos desarrollos de carácter normativo. Los más relevantes son la *Convención Interamericana sobre la Concesión de Derechos Civiles a la Mujer*, y la *Convención Interamericana sobre la Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer*, surgidas ambas en el marco de la 9ª. Conferencia hemisférica de 1948 en que como se sabe se sentaron las bases del sistema de la OEA y se adoptó la Declaración continental de derechos humanos. Estos textos arrancaron a partir del esfuerzo de la Comisión Interamericana de Mujeres surgida en 1928 y que es el primer órgano intergubernamental de ese tipo y anterior evidentemente a la institucionalidad sobre la mujer que crearía luego la ONU cuyo rol también fue decisivo en materia de normas en pro de la igualdad en materia de nacionalidad de la mujer y en años recientes para la elaboración de un texto relevante en los intentos normativos por mejorar la condición de la mujer como es la *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*, conocida también como *Convención de Belem Do Pará*, de 9 de junio de 1994 y que completa en la materia a los otros instrumentos vinculantes con que se ha ido reforzando el sistema americano⁵⁴⁸.

Este acuerdo, en vigor desde el 5 de marzo de 1995, es el que cuenta con el mayor número de ratificaciones lo que muestra la relevancia del tema en este lado del mundo. Texto único en el mundo, refiere expresamente a una de las formas más claras de discriminación contra la mujer

⁵⁴⁸ Los principales son el *Segundo Protocolo Adicional, referido a la Abolición de la Pena de Muerte*, de 8 de junio de 1990 y en vigor desde el 28 de agosto de 1991; la *Convención Interamericana para la Prevención y la Sanción de la Tortura*, de 9 de diciembre de 1985 y en vigor desde el 28 de febrero de 1987; la *Convención Interamericana sobre la Desaparición Forzada de Personas*, de 9 de junio de 1994 y en vigor desde el 28 de marzo de 1996; y la *Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad*, de 7 de junio de 1999 y en vigor desde el 14 de septiembre de 2001.

como es la violencia, definida en su artículo 1° como “*cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado*”, incluyendo la violencia física, sexual y psicológica, y sea que provengan de un integrante de la unidad familia o doméstica, de un miembro de la comunidad, o sea que se cometa o se tolere por el Estado o sus agentes. Luego de enumerar varios derechos que en este contexto se reconocen a la mujer⁵⁴⁹, establece en el artículo 7° como deber central para los estados adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. La cuestión es relevante porque la misma Convención se encarga en su artículo 12 de señalar que se admiten denuncias ante la Comisión Interamericana por infracción a esa disposición, las que se considerarán de acuerdo con las normas y los requisitos de procedimiento para la presentación y consideración de peticiones estipulados en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, lo que supondría la facultad de llevar una demanda ante la Corte Interamericana. Si se tiene en cuenta que entre las políticas del citado artículo 7° está la de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer, resulta entonces en que esta Convención recoge la línea argumental de la eventual responsabilidad de los estados por hechos de privados, cuestión que abre entonces la posibilidad de dar un efecto horizontal a los derechos en lo que toca a la violencia como manifestación de discriminación a las mujeres.

Finalizo la referencia al ámbito regional americano haciendo mención al trabajo que se sigue en el seno del sistema americano para aprobar el Proyecto que crea una *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, referido antes en el marco de las definiciones de discriminación surgidas en los ámbitos regionales⁵⁵⁰. En el texto que hoy se puede tener a la vista destaco como puntos notables en relación a los derechos a favor de las mujeres la amplitud de enumeración de criterios de discriminación expresamente recogidos, lo que sin duda será un avance en la “discriminación múltiple”⁵⁵¹ que padece muchas veces este sector de la

⁵⁴⁹ Artículo 3: “*Toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*”. Artículo 4: “*Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: a. el derecho a que se respete su vida; b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; c. el derecho a la libertad y a la seguridad personales; d. el derecho a no ser sometida a torturas; e. el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia; f. el derecho a igualdad de protección ante la ley y de la ley; g. el derecho a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos; h. el derecho a libertad de asociación; i. el derecho a la libertad de profesar la religión y las creencias propias dentro de la ley, y j. el derecho a tener igualdad de acceso a las funciones públicas de su país y a participar en los asuntos públicos, incluyendo la toma de decisiones*”.

Artículo 5: “*Toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Los Estados Partes reconocen que la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos*”.

Artículo 6: “*El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación*”.

⁵⁵⁰ Véase en el Capítulo 2 el tema: “Los acuerdos regionales que definen la Discriminación”.

⁵⁵¹ Véase en el Capítulo 2 el tema: “Discriminación Múltiple”.

población mundial y que no siempre logra respuesta efectiva por la vía de la cláusula de “*otra condición social...*”⁵⁵².

En Africa en tanto la *Carta Africana de los Derechos del Hombre y de los Pueblos* ya en el Preámbulo insta, en el marco de lo que llaman la “*total liberación de Africa*” que es necesaria de alcanzar, por eliminar toda forma de discriminación, indicando expresamente el *sexo* entre los criterios, aunque mencionándolo después de la raza y el origen étnico, lo que se reitera en la cláusula de no discriminación del artículo 2. Más adelante y a propósito de la familia - lo que demuestra en alguna medida la concepción vigente al momento de su adopción - en el artículo 18.3 se indica que el estado “*será responsable de la eliminación de toda discriminación de la mujer y de la protección de los derechos de la mujer y del niño tal como se estipula en las declaraciones y convenios internacionales*”, lo que sin duda es más una buena norma programática que nada por la realidad de reservas por ejemplo a la *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* (CEDAW) por parte de países africanos⁵⁵³. Pese a ello no hay que olvidar mencionar lo que es el *Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer* o *Protocolo de Maputo*, que junto con dar una definición ya comentada⁵⁵⁴, establece también una definición de mujer en términos bien específicos: son mujeres las pertenecientes al *sexo femenino*, incluídas las niñas. El texto reconoce y consagra una serie de derechos en clave de mujer y, más específicamente, en clave de lo que es la situación de las mujeres en Africa, dando espacio así por ejemplo a consideraciones expresas sobre el tráfico de mujeres; la situación de las mujeres refugiadas, asiladas o desplazadas; la erradicación de la mutilación genital; los derechos en relación al matrimonio; el derecho a la paz y su protección en caso de conflicto armado; su derecho a la salud en relación al VIH/SIDA y al aborto; su derecho a alimentación, incluyendo el derecho a agua limpia; derechos de las viudas y a las herencias; por citar los que presentan una mayor particularidad⁵⁵⁵.

⁵⁵² Ojalá se llegue a un pronto término en el proceso de negociación de este acuerdo ya que no hay que olvidar que el continente está especialmente comprometido con el tema de no discriminación, particularmente después de que en el marco mayor que constituyen las Cumbres Iberoamericanas, con Andorra, España y Portugal incluidos, se declarara en la XVII Cumbre, celebrada en Santiago de Chile entre el 8 y 10 de noviembre de 2007, que el año 2008 fue precisamente el “Año Iberoamericano contra todas las formas de Discriminación” y entre los 24 compromisos adoptados en el documento llamado “Declaración de Santiago de Chile” se contemplan la erradicación de toda forma de discriminación y la incorporación transversal de la dimensión de igualdad de género en las políticas públicas de cohesión social y la institucionalización de la Reunión Sectorial Anual de Ministras Responsables de Cuestiones de Género.

⁵⁵³ Sobre el estado de reservas y declaraciones a la CEDAW véase http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 20 de mayo de 2010).

⁵⁵⁴ Véase en el Capítulo 2 el tema: “Los acuerdos regionales que definen la Discriminación”.

⁵⁵⁵ Quiero en esta parte hacer mención a otra latitud que, aunque no cuenta con un “sistema regional de protección de derechos humanos”, si puede dar muestra de desarrollos normativos que manifiestan como el *sexo* es un criterio importante a la hora de hablar de derechos humanos sin discriminación. Al comenzar esta mención hay que decir que el enorme mundo asiático ha quedado al margen en buena medida de la noción de derechos humanos y dentro de esa lógica, de la regla de no discriminación a mujeres, dadas las enormes diferencias de desarrollo económico, social y cultural que existen entre los países del bloque que han conspirado para la falta de un acuerdo regional y un sistema cohesionado, pese a lo cual y sin consideración de la ratificación o adhesión a los acuerdos internacionales del ámbito universal o del trabajo de concientización social de los órganos internacionales, se han hecho esfuerzos por conciliar la realidad de ese mundo a los *estándares mínimos de derechos humanos* contra los cuales parece que hoy ningún estado puede ir en contra si quiere algún grado de legitimidad internacional, sea para intentar ser oído en una instancia política internacional o sea para sentarse a negociar un tratado de libre comercio con la Unión Europea, por ejemplo. Como es fácil suponer, estos intentos no han estado exentos de críticas y han tenido una notable evolución desde los años noventa a estos días, lo cual creo que se debe en parte a la complejidad existente en compatibilizar una noción como la de derechos humanos en el marco de los

2.2.2. Una particular mención a la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer y su Protocolo Facultativo.

Si se trata de mostrar que la discriminación por *sexo* es tema relevante en el ámbito internacional, mención especial y aparte hay que hacer de la *Convención internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* que tuvo su antecedente en un instrumento sin fuerza vinculante pero que recogió lo que era el sentir general que se desprendía de acuerdos que sí tenían esa fuerza vinculante pero que no estaban logrando un resultado efectivo hacia la igualdad entre *hombres y mujeres*: la *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*⁵⁵⁶, que dio entonces origen a uno los principales acuerdos internacionales sobre derechos humanos considerando la necesidad de derechos para la mujer en las esferas civil, política, económica, social y cultural.

Como se ha dicho, la Convención define la discriminación contra la mujer precisando que en relación a las esferas en que puede darse la discriminación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha sostenido en su Recomendación General N° 12 de 6 de marzo de 1989, que se incluye la esfera familiar y también a la esfera laboral, lo cual constituye a la violencia

sistemas políticos del mundo musulmán en que se combinan la religión y una ordenación institucional-política para regir a cada sociedad, cuestión explicada antes en el Capítulo 1 bajo el tema: “Sexualidad Humana en la Civilización Musulmana o Islámica” Prueba de estos esfuerzos han sido las declaraciones que, provenientes del mundo religioso estrictamente o del político-institucional, han tratado de adecuar la religión islámica a la tendencia mundial a favor de *derechos humanos* realmente universales. Un primer intento en esta línea pero carente de fuerza vinculante fue la adopción en la sede de la UNESCO en París de la *Declaración Islámica Universal de los Derechos Humanos*, proclamada el 19 de septiembre de 1981. Si bien no forma parte entonces del cuerpo normativo internacional, la menciono acá por su trascendencia en los desarrollos posteriores y porque si bien formalmente sigue una estructura similar a la *Declaración Universal* de 1948, lo cierto es que se inspira en la religión (el Corán y la *Sunna*) y fue en cierto modo la base para los desarrollos normativos siguientes. Lo primero que llama la atención es su pretendida “universalidad islámica”, lo cual como construcción parece desde el inicio incongruente. Lo que ha visto la doctrina en esa afirmación es que la Declaración estaría abierta a todos, sí y solo sí, quienes no son musulmanes se convierten a esa religión. Entendida así la expresión resulta de plano una incoherencia con uno de los derechos esenciales del mundo verdaderamente de tendencia “universal” como es el que reconoce el artículo 18 de la Declaración Universal de la ONU, esto es, el derecho a cambiar de religión o de creencia. Además resulta que en aquellos derechos que pueden “contradecir” algún mandamiento coránico, la Declaración se aleja de su pretendida similitud a la Declaración de las Naciones Unidas. Así ocurre en cuanto toca a los derechos de la mujer, pese a consagrar la norma de igualdad y no discriminación, y en lo que se refiere a la libertad religiosa, cuestión a la que me referí antes a propósito de su pretendida “universalidad”. Ya en 1990 y en el marco de iniciativas político-institucionales, se aprobó en el seno de la OCI como Resolución 49/19-P, la llamada *Declaración de El Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam* la que, inspirada en la *Sharia*, se opone en buena parte a la *Declaración Universal de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. El texto adolece de varias diferencias sustanciales en relación a la Declaración de 1948. Por de pronto se encuentra una fusión entre la defensa de la visión islámica de los derechos pero en el marco de lo que como referencia sobre derechos proviene del propio derecho internacional. Así lo dice el Preámbulo y los artículos finales por su lado supeditan el texto y su interpretación a la *Sharia*. Sólo referido a la situación de la mujer, que es lo que acá interesa, ya se deja ver su especial visión, impregnada de la *Sharia*, por ejemplo el artículo 5° sobre el derecho a contraer matrimonio. La norma señala que hombres y mujeres tienen derecho a casarse, sin que haya restricción alguna en lo que corresponde a la raza, el color o la ciudadanía, excluyendo la religión, lo que tiene la explicación en que la *Sharia* no permite a una mujer musulmana casarse con un no musulmán, pero si al revés. Este criticado texto sirvió luego de inspiración a la *Carta Árabe de Derechos Humanos*, aprobada en 1994 como Resolución 5437 del Consejo de la Liga Árabe (el equivalente a la Asamblea General de Naciones Unidas). Este texto nunca entró en vigor por su inspiración que promovía un relativismo cultural no aceptado por la comunidad internacional, dando pie a un largo período de revisión que culminó con la adopción en 2004 de la *Carta Árabe de Derechos Humanos Revisada*, que entró en vigor en marzo de 2008, la cual mejora sustancialmente la anterior al haber permitido escuchar la voz de una serie de Organizaciones No Gubernamentales sobre derechos humanos y de la propia ONU, marco en el cual se inserta la cita en el Preámbulo a la *Declaración Universal* de 1948 y a los Pactos de 1966, con lo cual la acerca a los instrumentos internacionales, afirmando en el artículo 1° el carácter universal e indivisible de los derechos humanos. Pese a tales avances en todo caso, muchos son los aspectos en que el texto es susceptible de mejoras. Lo más claro es el resabio de conservadurismo religioso que surge al decir que se inspira en la *Declaración de El Cairo* de 1990 y al no contener mecanismos de seguimiento o vigilancia a las reclamaciones individuales. En lo que toca a la mujer, los artículos 3°, 29 y 33 establecen posibles discriminaciones porque remiten a los derechos nacionales en muchas cosas y, atendida la inspiración en la *Sharia* que acogen aún muchos estados, se pueden afectar los derechos humanos de la mujer. Visto así, este instrumento en realidad no parece más que una especie de pantalla para tratar de calmar las voces que, desde dentro y desde fuera, claman por mejorar la vida de las mujeres y que ellas no sean discriminadas en función de pretendidas excusas de tipo religioso o cultural.

⁵⁵⁶ Aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas como Resolución 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.

intrafamiliar y las diversas formas que asume (violencia sexual, por ejemplo) y a los abusos sexuales ocurridos en el lugar de trabajo como parte de las formas más graves de discriminación contra la mujer⁵⁵⁷.

Es importante agregar que hubo intentos por dar en el artículo 1 una definición de “discriminación con base en el sexo” en vez de “discriminación contra la mujer”, sin embargo, dicha fórmula propugnada por Canadá, Suecia, Dinamarca, Finlandia, Noruega y Estados Unidos no corrió la suerte que ellos esperaban, siguiéndose la propuesta de Reino Unido de centrarse sólo en la discriminación contra la mujer.

También resulta importante apuntar que el tratado tiene por base un proyecto de texto presentado en forma conjunta por dos mujeres: la filipina Leticia Ramos Shahani y la soviética Tatiana Nikolaeva. Es sobre este proyecto y algunas opiniones transmitidas por los estados miembros sobre lo que trabajó el Grupo de Trabajo creado en la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en 1973, generando así un documento de trabajo que se hizo circular entre los gobiernos, organismos especializados y ONG's interesadas.

Rodríguez Manzano apunta que sobre la base de la respuesta de cuarenta gobiernos, cuatro organismos especializados y diez organizaciones no gubernamentales, la Comisión siguió trabajando hasta 1976, adoptando el 17 de diciembre de ese año el proyecto sin proceder a su votación. Este proyecto fue derivado al ECOSOC que decidió enviarlo otra vez a los estados miembros y a los organismos especializados para presentar observaciones. Además, solicitó al Secretario General que elaborara un informe con dichas observaciones para llevarlo a la Asamblea General con la intención de que ésta lo aprobara en su 32º período de sesiones. Veintisiete gobiernos y cuatro organismos especializados respondieron y la AGNU recibió un informe favorable para el cual también se consideró crear un Grupo de Trabajo en se suscitó controversia sobre varios puntos como la redacción del preámbulo, la protección de las trabajadoras, los derechos de nacionalidad y el concepto de igualdad ante la ley, incluyendo la igualdad de capacidad jurídica y de derechos en el matrimonio, todo lo cual explicaría que las labores siguieran hasta 1979, en que el 18 de diciembre la Asamblea General aprueba el texto definitivo de esta convención por ciento treinta votos a favor, ninguno en contra y once abstenciones⁵⁵⁸.

Ahora bien, la Convención se articula en un preámbulo y treinta artículos en los cuales no sólo se limita a consagrar un cuerpo de derechos para las mujeres sino que insta a los estados, como claramente lo dice su artículo 2º, a que sigan por todos los caminos adecuados y sin dilación, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer.

Esto explica que en buena parte del articulado se observen normas y principios junto a las medidas necesarias para su efectividad. En esa línea se enmarcan por ejemplo las medidas especiales de carácter temporal del artículo 4º que corresponden a lo que la doctrina llama “acciones

⁵⁵⁷ Véase en el Capítulo 2 el tema: “La Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer”.

⁵⁵⁸ Rodríguez Manzano, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz (cit.)* pp. 96-98.

positivas” sobre las que se discutió durante la elaboración de esta *Convención*, haciendo hincapié en que no debía estimarse discriminatorio el establecimiento de condiciones de carácter temporal con miras a conseguir la igualdad de hecho de las mujeres lo que quedó estipulado expresamente en el artículo ya citado⁵⁵⁹.

El Relator Especial Bossuyt ilustra sobre los trabajos preparatorios de esta norma indicando que al parecer este artículo resultó polémico, dadas las reacciones de Francia y el Reino Unido, que insistieron en que la *Convención* no debía en modo alguno instar a los gobiernos a imponer una "discriminación a la inversa", con lo que querían decir una "discriminación a favor de las mujeres", ya que, salvo en circunstancias muy definidas, equivaldría a desviarse de forma permanente del objetivo de igualdad de la condición jurídica y social y de oportunidades y no redundaría, en última instancia, en beneficio de las propias mujeres. Por otra parte, la *Convención* debía permitir, pero no exigir, la adopción de medidas temporales de acción afirmativa en determinadas esferas, a fin de igualar las oportunidades para las mujeres en aquellos casos en que fuera necesario superar un agravio histórico. Los Estados admitieron que aunque pudiera parecer discriminatorio, era imprescindible para subsanar las injusticias cometidas contra la mujer por el hecho de serlo a lo largo de la historia. Se subrayó no obstante, que debía considerarse fundamentalmente una medida de carácter temporal que a la larga se volvería innecesaria⁵⁶⁰.

En cuanto a si los Estados Partes que no han formulado reservas al artículo 4º han asumido también la obligación de restablecer el equilibrio entre hombres y mujeres en todos los aspectos de la vida social, aplicando medidas apropiadas y, más concretamente de acción positiva, Bossuyt estima que no es así al tenor del texto⁵⁶¹.

Sobre el punto hay que agregar que el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha tomado nota, sin embargo, de que sigue existiendo la necesidad de que se tomen disposiciones para aplicar plenamente la *Convención* introduciendo medidas tendentes a promover de facto la igualdad entre el hombre y la mujer. En su Recomendación General Nº 5, sobre *medidas especiales temporales*, de 4 de marzo de 1988, recomienda que los Estados Partes hagan mayor uso de medidas especiales de carácter temporal como la acción positiva, el trato preferencial o los sistemas de cupos para que la mujer se integre en la educación, la economía, la política y el empleo⁵⁶². En la Recomendación General Nº 23, sobre *vida política y pública*, de 13 de enero de

⁵⁵⁹ “1. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad de facto entre el hombre y la mujer no se considerará discriminación en la forma definida en la presente Convención, pero de ningún modo entrañará, como consecuencia, el mantenimiento de normas desiguales o separadas; estas medidas cesarán cuando se hayan alcanzado los objetivos de igualdad de oportunidad y trato. 2. La adopción por los Estados Partes de medidas especiales, incluso las contenidas en la presente Convención, encaminadas a proteger la maternidad no se considerará discriminatoria”.

⁵⁶⁰ Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

⁵⁶¹ “En la labor preparatoria y según la intención de los autores, esta Convención tiene, y es importante subrayarlo, un carácter promocional y programático, y no impone unas obligaciones jurídicas inmediatamente vinculantes. El artículo 4 se limita a crear la posibilidad de lograr una igualdad de hecho mediante medidas de acción afirmativa y reconoce que dichas medidas no deben ser consideradas discriminatorias”. Doc. NU E/CN.4/Sub.2/2000/11.

⁵⁶² [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/183f475d51c3fdbac12563ee006176f5?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/183f475d51c3fdbac12563ee006176f5?Opendocument) (último acceso: 27 de diciembre de 2009)

1997, el Comité hace referencia otra vez a las medidas especiales de carácter temporal ahora en ese ámbito⁵⁶³.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su OG N° 16, sobre *Igualdad de derechos entre hombre y mujer*, se refiere a estas medidas a favor de la mujer en el párrafo 15. En sus términos originales dice: “*The principle of equality and non-discrimination, by themselves, are not always sufficient to guarantee true equality. Temporary special measures may sometimes be needed in order to bring disadvantaged or marginalized persons or groups of persons to the same substantive level as others. Temporary special measures aim at realizing not only de jure or formal equality, but also de facto or substantive equality for men and women. However, the application of the principle of equality will sometimes require that the States parties take measures in favour of women in order to attenuate or suppress conditions that perpetuate discrimination. As long as these measures are necessary to redress de facto discrimination and are terminated when de facto equality is achieved, such differentiation is legitimate*”⁵⁶⁴.

Con todo y lo que significan estos pronunciamientos internacionales sobre su pertinencia y aún necesidad, me parece importante apuntar que las medidas “especiales” no deben crearse atribuyendo un rol “especial” a los grupos beneficiados - en este caso las mujeres - que lo haga sinónimo de mayor vulnerabilidad aún, pues ello podría ayudar a perpetuar roles de subordinación históricamente asignados a ellas. En ese orden de ideas, han de ser consideradas “especiales” por sus objetivos e idealmente mirar a la verdadera condición de las mujeres en la sociedad de que se trate, procurando entonces su mayor efectividad en función de aquella esfera en que sea necesario mejorar el punto de partida de ellas para el goce y ejercicio de algunos derechos.

En otro orden de ideas pero siendo también de gran importancia, el artículo 5° resulta un enorme avance pues vino a decir ya a fines de los años setenta y casi como preparando la eventual entrada de la idea de la *perspectiva de género* en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que los estados deben luchar para que se revierta la concepción estereotipada

⁵⁶³ Párrafo 15: “La eliminación de la barrera jurídica, aunque necesaria, no es suficiente. La falta de una participación plena e igual de la mujer puede no ser deliberada, sino obedecer a prácticas y procedimientos trasnochados, con los que de manera inadvertida se promueve al hombre. El artículo 4 de la Convención alienta a la utilización de medidas especiales de carácter temporal para dar pleno cumplimiento a los artículos 7 y 8. Dondequiera que se han aplicado estrategias efectivas de carácter temporal para tratar de lograr la igualdad de participación, se ha aplicado una variedad de medidas que abarcan la contratación, la prestación de asistencia financiera y la capacitación de candidatas, se han enmendado los procedimientos electorales, se han realizado campañas dirigidas a lograr la participación en condiciones de igualdad, se han fijado metas en cifras y cupos y se ha nombrado a mujeres en cargos públicos, por ejemplo, en el poder judicial u otros grupos profesionales que desempeñan una función esencial en la vida cotidiana de todas las sociedades. La eliminación oficial de barreras y la introducción de medidas especiales de carácter temporal para alentar la participación, en pie de igualdad, tanto de hombres como de mujeres en la vida pública de sus sociedades son condiciones previas indispensables de la verdadera igualdad en la vida política. No obstante, para superar siglos de dominación masculina en la vida pública, la mujer necesita también del estímulo y del apoyo de todos los sectores de la sociedad si desea alcanzar una participación plena y efectiva, y esa tarea deben dirigirla los Estados Partes en la Convención, así como los partidos políticos y los funcionarios públicos. Los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que las medidas especiales de carácter temporal se orienten claramente a apoyar el principio de igualdad y, por consiguiente, cumplan los principios constitucionales que garantizan la igualdad de todos los ciudadanos”. Disponible en: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/e51194b3402d9d5e8025651e004ebc76?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/e51194b3402d9d5e8025651e004ebc76?Opendocument) (último acceso: 27 de diciembre de 2009)

⁵⁶⁴ Doc NU E/C.12/2005/4

de los géneros al reconocer la existencia de funciones estereotipadas de hombres y mujeres⁵⁶⁵. La cuestión tiene realidad práctica si se atiende, por ejemplo, a lo que es la práctica de la mutilación genital femenina, justificada culturalmente en contextos en que se considera que la mujer debe salvaguardar su sexualidad y llegar siempre virgen al matrimonio para el placer de su marido.

En lo que se refiere a los derechos que consagra, es interesante apuntar que vino a desarrollar un catálogo con algunos que ya venían recogidos en otros tratados pero sin la perspectiva de la diferencia en cuanto se le haga aplicable a la mujer. Entre ellos han de mencionarse derechos de participación política, en los artículos 7 y 8; derechos en relación a la nacionalidad, en el artículo 9; derechos en materia de educación, en el artículo 10; derechos en la esfera del empleo, en el artículo 11; derechos en materia de atención médica, en el artículo 12; derechos en otras esferas de la vida económica y social, en el artículo 13; derechos para la mujer de zonas rurales, en el artículo 14; la igualdad con el hombre en materia civil, en el artículo 15; y la igualdad con el hombre en materia de matrimonio y las relaciones familiares, incluyendo los aspectos patrimoniales y de propiedad, en el artículo 16.

Si bien la adopción de la CEDAW es un hito en la lucha antidiscriminatoria de la mujer y la creación del Comité en los artículos 17 y siguientes fue un gran avance, su mayor efectividad vino recién al tiempo en que logró aprobarse el *Protocolo Facultativo a la Convención*, adoptado por consenso por la Asamblea General en su Resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999, entrando en vigor el 22 de diciembre de 2000, y que persiguió el establecimiento de mecanismos que ayudaran a fortalecer la vigencia y efectividad de la convención.

Sobre el Protocolo lo primero que parece útil destacar es que el impulso para llevar a la institucionalidad de Naciones Unidas un tratado de esta naturaleza provino como consecuencia de las movilizaciones surgidas con ocasión de la *Cuarta Conferencia de la Mujer*, celebrada en China en el año 1995 que alentaron el trabajo que en esa línea venía realizando la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer y quien recibió el mandato del ECOSOC en julio de 1995 para constituir un grupo de trabajo abierto y con un plazo de apenas dos semanas, plazo renovado en dos ocasiones. En marzo de 1999 y tras varios períodos de sesiones, la Comisión citada acepta por consenso el último proyecto, recomendándolo al ECOSOC para que lo apruebe también y lo lleve a la Asamblea General para su adopción como protocolo facultativo a la CEDAW lo que ocurrió entonces el 6 de octubre de ese año, en la citada Resolución 54/4, quedando abierto a la firma de cualquier Estado que hubiera firmado la Convención, la hubiese ratificado o se hubiera adherido a ella.

El Protocolo contempla dos mecanismos: el procedimiento de quejas individuales y un procedimiento de investigación. Ambos eran los mismos procedimientos contemplados en el

⁵⁶⁵ Dice esta norma que los estados deben tomar apropiadas para: “a) *Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres*”.

documento de referencia que sirvió de base a este convenio, elaborado por Andrew Byrnes y Jane Connors y surgido en el seno de un grupo de expertos independientes reunidos en el Maastricht Center for Human Rights entre el 29 de septiembre y 1 de octubre de 1994 y que en un primer momento fue rechazado por la institucionalidad que llevaba adelante la labor de elaborar este acuerdo.

El primero es similar al que contemplan otros tratados sobre derechos humanos que cuentan con órgano de vigilancia. Al respecto el artículo 1° presume que todo estado parte en el Protocolo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas de conformidad con el artículo 2° que a su vez precisa que éstas pueden ser presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del estado parte y que aleguen ser víctimas de una violación del estado parte de alguno de los derechos establecidos en la Convención, pudiendo presentarse por sí mismas o representadas por otra persona o entidad, caso este último en que se requerirá su consentimiento, *“a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento”*. Atendido el tenor del texto queda claro que las comunicaciones individuales sólo pueden presentarse cuando se alega violación de las disposiciones de la CEDAW que contienen derechos. En cuanto a los criterios de admisibilidad hay que decir que en términos generales se repiten en lo medular los exigidos en otros procedimientos ante órganos de vigilancia y también ante tribunales internacionales de derechos humanos tratándose de un procedimiento de similares características⁵⁶⁶.

El segundo mecanismo que contempla el Protocolo Facultativo es el procedimiento de investigación regulado esencialmente en el artículo 8 y por medio del cual se faculta al Comité para dar curso a esa investigación si *“recibe información fidedigna que revele violaciones graves o sistemáticas por un Estado Parte de los derechos enunciados en la Convención”*. En ese caso se invita al estado respectivo a *“colaborar en el examen de la información y, a esos efectos, a presentar observaciones sobre dicha información”*. Con base en esas observaciones y toda información fidedigna de que disponga, el órgano de vigilancia puede encargar a uno o más de sus integrantes que realice una investigación y le presente con carácter urgente un informe. Esta

⁵⁶⁶ En efecto, las comunicaciones deben presentarse por escrito; no pueden ser anónimas; deben agotarse previamente los recursos del orden interno, *“salvo que la tramitación de esos recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que brinde por resultado un remedio efectivo”*; no pueden referirse a cuestiones que ya hayan sido examinadas por el Comité o que esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional; debe ser compatible con la disposiciones de la Convención; no debe ser manifiestamente infundada o insuficientemente sustanciada; no debe constituir un abuso del derecho; y debe referirse a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo para el estado interesado, salvo que los hechos continúen produciéndose después de esa fecha. Por el artículo 5 el Comité puede pedir al estado que adopte *“las medidas provisionales necesarias para evitar posibles daños irreparables a la víctima o las víctimas de la supuesta violación”*, lo que no implicará en ningún caso *“juicio alguno sobre la admisibilidad o sobre el fondo de la comunicación”*. Una vez declarada admisible señala el artículo 6 que el Comité remite la comunicación en forma confidencial al Estado parte interesado quien dispone de un plazo de seis meses para presentar por escrito *“explicaciones o declaraciones en las que se aclare la cuestión y se indiquen las medidas correctivas que hubiere adoptado el estado parte, de haberlas”*. Luego, conforme el artículo 7, el Comité examina la comunicación en sesión privada y a la luz de la información que le han hecho llegar las partes interesadas, quienes, al finalizar el examen, reciben sus opiniones y, si las hay, sus recomendaciones. A partir de ahí, el Estado parte debe remitir al Comité en el plazo de seis meses una respuesta por escrito, comunicándole toda medida que hubiera adoptado en función de sus opiniones y recomendaciones. Además, el Comité puede invitar al estado a que le comunique más información de seguimiento, incluso en los informes que se deben presentar con posterioridad conforme con el artículo 18 de la propia CEDAW.

investigación puede incluir, cuando se justifique y con el consentimiento del estado parte, una visita a su territorio, siendo ésta de carácter confidencial. Luego de examinar las conclusiones de la investigación, el Comité las transmitirá al estado parte interesado junto con las observaciones y recomendaciones que estime oportunas. Agrega la norma que en un *“plazo de seis meses después de recibir los resultados de la investigación y las observaciones y recomendaciones que le transmita el Comité, el Estado Parte interesado presentará sus propias observaciones al Comité”*. En este procedimiento también se establece que el Comité puede invitar al estado parte a que incluya en el informe que debe presentar conforme al artículo 18 de la CEDAW, *“pormenores sobre cualesquiera medidas que hubiere adoptado en respuesta a una investigación”*.

Una cuestión relevante de este Protocolo es la prohibición de formular reservas que contempla el artículo 17. No obstante ello, hay que decir que por el artículo 10 se ha establecido una cláusula opt-out sobre el procedimiento de investigación al establecer que todo estado parte puede *“al momento de la firma o ratificación del presente Protocolo, o de la adhesión a él, declarar que no reconoce la competencia del Comité establecida en los artículos 8 y 9”*, que son los referidos a tal mecanismo, pudiendo en todo caso retirar esa declaración en cualquier momento, previa notificación al Secretario General.

Como se puede apreciar, se ha instituido un mecanismo mixto para velar por los derechos que contempla la CEDAW en lo que son caminos específicos para la discriminación que sufre la mujer, a los que por cierto quedan siempre las alternativas de los demás mecanismos convencionales ante otros órganos de vigilancia de ONU y los que contemplan los sistemas regionales ante sus respectivos tribunales.

2.3. La incorporación del criterio *sexo* en otros desarrollos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Reconocimiento de la discriminación que afecta a mujeres.

2.3.1. Una referencia ejemplificativa a la labor de la jurisprudencia internacional. El fallo por la matanza de mujeres en Ciudad Juárez.

Buena parte del cuerpo normativo que antes he indicado en relación a la mejora de las condiciones de la mujer y la disminución de su vulnerabilidad y la situación de discriminación que la afecta, ha dado paso a que en muchos casos se haya producido un reconocimiento de las diferentes formas de discriminación que asumen las diferencias no justificadas de trato a las mujeres, tanto en el ámbito institucional como en la labor jurisprudencial internacional, sea en este caso tanto por vía contenciosa como por vía consultiva. En esta línea de acción han existido también relevantes aportes emanados de las Comisiones internacionales de Derechos Humanos - europea y americana - o incluso de los Comités creados para la vigilancia de los principales tratados, los que pese a su estricta naturaleza no jurisprudencial deben ser considerados parte de la

abundante jurisprudencia relativa a la discriminación a mujeres que se encuentra internacionalmente, haciendo presente que me refiero a aquellos casos en que lo que se ha ventilado es una situación de discriminación por *sexo* en alguna esfera de la vida pública o privada de las mujeres y no a casos en que las mujeres han sido las principales víctimas pero la vulneración de sus derechos no tiene que ver con esa condición, distinción que, aunque evidente, debe efectuarse si se trabaja con rigurosidad.

Precisado lo expuesto y por el carácter que sigue esta investigación finalmente - centrada en la *identidad de género* y la *orientación sexual* - en esta parte me limitaré a presentar un caso, emanado de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que por su actualidad y por sus características lo transforman en un buen ejemplo de cómo la jurisprudencia viene reconociendo que son discriminadas por esa especial condición. Me refiero al llamado *Caso Campo Algodonero con México*, motivado por las horribles matanzas ocurridas en Ciudad de Juárez y fallado en noviembre de 2009⁵⁶⁷, hechos que por cierto han provocado interesantes acciones de reclamos también por otras vías internacionales⁵⁶⁸.

La demanda se originó por la imputación de responsabilidad internacional del Estado por “la desaparición y ulterior muerte” de las jóvenes Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal y Laura Berenice Ramos Monárrez, cuyos cuerpos fueron encontrados en un campo algodonnero de Ciudad Juárez el 6 de noviembre de 2001. Se acusó al Estado por “*la falta de medidas de protección a las víctimas, dos de las cuales eran menores de edad; la falta de prevención de estos crímenes, pese al pleno conocimiento de la existencia de un patrón de violencia de género que había dejado centenares de mujeres y niñas asesinadas; la falta de respuesta de las autoridades frente a la desaparición [...]; la falta de debida diligencia en la investigación de los asesinatos [...], así como la denegación de justicia y la falta de reparación adecuada*”⁵⁶⁹.

En su presentación, la Comisión solicitó a la Corte que declarara al Estado responsable por la violación de los derechos consagrados en los artículos 4 (Derecho a la Vida), 5 (Derecho a la Integridad Personal), 8 (Garantías Judiciales), 19 (Derechos del Niño) y 25 (Protección Judicial) del *Pacto de San José de Costa Rica*, en relación con las obligaciones establecidas en los artículos 1.1

⁵⁶⁷ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁵⁶⁸ El 27 de enero de 2005 y conforme el procedimiento de investigación que contempla el Protocolo Facultativo de la CEDAW, el Comité dio a conocer el “Informe de México producido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer bajo el Artículo 8 del Protocolo Facultativo de la Convención y respuesta del Gobierno de México” referido a la situación de la abducción, violación y crimen de mujeres en Ciudad Juárez, área de Chihuahua, México (Doc. CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO). Además, hay que decir que los hechos de Ciudad Juárez, que han puesto en alerta al mundo sobre la discriminación a las mujeres que está instalada en dicha localidad mexicana, han motivado a los largo de los años el desarrollo de distintas estrategias para buscar un remedio a esas violaciones, los que han ido desde peticiones individuales al Comité de Derechos Humanos; la retención o concesión de préstamos por parte del Banco Interamericano de Desarrollo o el Banco Mundial; presentación de demandas ante tribunales de los Estados Unidos de América bajo la Alien Tort Claims Act; y la utilización de códigos de conducta voluntarios para ejercer presión en las empresas transnacionales. En 2002 la Relatoría sobre los Derechos Humanos de las Mujeres del sistema interamericano realizó una visita *in loco*, la cual permitió conocer la real dimensión de la gravedad del problema de violencia a las mujeres en esta parte del mundo. La visita tuvo por resultado el Informe “*Situación de los Derechos de la Mujer en Ciudad Juárez, México: el derecho a no ser objeto de violencia y discriminación*” (Doc. OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1, de 7 marzo 2003) en que se contextualiza el tema a partir de la descripción de la realidad que se vive en Ciudad Juárez, exponiendo en forma general el problema de violencia y discriminación, las respuestas dadas por el gobierno mexicano al tema y presentando el marco normativo interno e internacional que ampara contra esas vulneraciones, terminando con una serie de conclusiones y recomendaciones al estado.

⁵⁶⁹ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafo 2.

(Obligación de Respetar los Derechos) y 2 (Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno) de la misma, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan del artículo 7 de la *Convención para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer*⁵⁷⁰.

Por lo que interesa a este capítulo de mi trabajo me detendré en dos aspectos que la sentencia analiza y sobre los cuales hace sendos pronunciamientos. En primer lugar, sobre la violencia contra las mujeres en el caso y si ella constituye discriminación y, en segundo lugar, sobre la atribución de responsabilidad al estado por infracción del deber de debida diligencia, lo que directamente va en relación con su deber de responder por hechos de privados.

En torno a lo primero, la Comisión y los representantes se refirieron a lo vivido por las jóvenes González, Ramos y Herrera como “*violencia contra la mujer*”, argumentando que “*los asesinatos del presente caso coinciden en su infinita crueldad, y son crímenes de odio contra estas niñas y mujeres juarenses, crímenes misóginos acunados en una enorme tolerancia -e impulso social y estatal- a la violencia genérica contra las mujeres*”⁵⁷¹, siendo reconocido por el Estado “[l]a situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez [...] como un problema que debe combatirse en forma integral”⁵⁷². Por su parte, los representantes señalaron que el tema de género es el común denominador de la violencia en Ciudad Juárez, la cual “*sucede como culminación de una situación caracterizada por la violación reiterada y sistemática de los derechos humanos*”, alegando que “*niñas y mujeres son violentadas con crueldad por el solo hecho de ser mujeres y sólo en algunos casos son asesinadas como culminación de dicha violencia pública y privada*”⁵⁷³. En síntesis, las alegaciones de la Comisión y los representantes, los antecedentes allegados a modo de prueba y aún las argumentaciones del estado dieron cuenta de que existe una asignación de roles estereotipados previamente dados a las mujeres, cuyo intento de cambio por muchas ha provocado una reacción contraria, lo que a su vez genera una violencia sistemática hacia ellas por el sólo hecho de ser mujeres, lo que se agrava en casos de mujeres jóvenes y de escasos recursos, terminando en muchos casos en la privación involuntaria de libertad, tortura y muerte de las víctimas, como ocurrió con las jóvenes González, Ramos y Herrera, ante lo cual y fruto del enraizamiento de esta cultura de discriminación, las autoridades locales y nacionales han quedado pasivas o han tenido una lenta reacción generando un contexto de gran impunidad.

Sobre dichas bases y las probanzas rendidas la Corte determinó utilizar la expresión “homicidio de mujer por razones de género”, también conocido como “feminicidio”, aunque aclaró que su pronunciamiento sobre tal sólo sería sobre la base de los antecedentes aportados para este caso y no para todos los homicidios de mujeres ocurrido en Ciudad Juárez, lo que resulta evidente y coherente con las reglas del derecho internacional general y el efecto de las sentencias⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 3.

⁵⁷¹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 222.

⁵⁷² Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 223.

⁵⁷³ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 128.

⁵⁷⁴ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafos 143-145.

En esa línea, el Tribunal consideró que los homicidios de las víctimas fueron por razones de género y están enmarcados dentro de un reconocido contexto de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez⁵⁷⁵. En sus argumentaciones la Corte señaló que la *Convención Belém do Pará* y la *Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*, son instrumentos que complementan el corpus juris internacional en materia de protección de la integridad personal de las mujeres, del cual forma parte la *Convención Americana*, no obstante lo cual no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la *Convención de Belém do Pará*⁵⁷⁶. Para entender que sí hubo violencia contra la mujer en este caso se basa esencialmente en tres consideraciones. En primer lugar, por el reconocimiento del Estado con relación a la situación de violencia contra la mujer en Ciudad Juárez, así como su señalamiento con respecto a que los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez se encuentran influenciados por una cultura de discriminación contra la mujer. En segundo lugar, el Tribunal observa lo establecido en cuanto a que los informes de la Relatoría de la CIDH, del CEDAW y de Amnistía Internacional, entre otros antecedentes allegados a la causa, señalan que muchos de los homicidios de mujeres en Ciudad Juárez son manifestaciones de violencia basada en género. Por último, las tres víctimas de este caso eran mujeres jóvenes, de escasos recursos, trabajadoras o estudiantes, como muchas de las víctimas de los homicidios en Ciudad Juárez. Fueron hechas desaparecer y sus cuerpos aparecieron en un campo algodonero, teniéndose por probado para la Corte que sufrieron graves agresiones físicas y muy probablemente violencia sexual de algún tipo antes de su muerte⁵⁷⁷.

Esta forma de violencia contra la mujer constituyó una forma de discriminación dijo el Tribunal, declarando que el Estado violó el deber de no discriminación contenido en el artículo 1.1 de la Convención, en relación con el deber de garantía de los derechos consagrados en los artículos 4.1, 5.1, 5.2 y 7.1 de la *Convención Americana*, en perjuicio de las tres jóvenes, así como en relación con el acceso a la justicia consagrado en los artículos 8.1 y 25.1 de la *Convención*, en perjuicio de los familiares de las víctimas. Es importante consignar que cuando la Corte razona para llegar a esta conclusión y está dando por existente una “cultura de discriminación” en Ciudad de Juárez creo que introduce elementos de la discriminación múltiple que se produjo en el caso, al reconocer que se agravó la situación por la condición económica de las víctimas y sus familias, todas de escasos recursos económicos y pertenecientes a la clase trabajadora de la ciudad⁵⁷⁸, a lo que hay que adicionar el hecho de que dos de ellas eran niñas al momento de su desaparición, lo cual las hace particularmente vulnerables, hecho este que la Corte más adelante reconoce haciendo recuerdo de que ella misma ha establecido que los niños y niñas tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado, exigiendo

⁵⁷⁵ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 231.

⁵⁷⁶ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafos 225-227.

⁵⁷⁷ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafos 228-230.

⁵⁷⁸ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafos 390-402.

además su condición una protección especial que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona⁵⁷⁹.

Ahora bien, en cuanto a la atribución de responsabilidad al estado por infracción del deber de debida diligencia, directamente ello en relación con su deber de responder por hechos de privados, hay que decir que la Comisión solicitó a la Corte que declarara que el Estado incumplió su obligación de garantizar el derecho a la vida de las víctimas “*mediante la adopción de medidas para prevenir sus asesinatos[,] incurriendo de este modo en una violación del artículo 4 de la Convención Americana, en conexión con los artículos 1.1 y 2 del mismo tratado*”. Asimismo, solicitó que “*declare que el Estado falló en su deber de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar los actos de violencia sufridos por [las víctimas] en contravención del artículo 7 de la Convención de Belém do Pará*”. Por último, sostuvo que el Estado incumplió su obligación de investigar efectiva y adecuadamente las desapariciones y posterior muerte de las jóvenes González, Herrera y Ramos, en violación de los artículos 8, 25 y 1.1 de la *Convención Americana*. Según la Comisión, “[n]o obstante el transcurso de seis años, el Estado no ha avanzado en el esclarecimiento de los sucesos o de la responsabilidad correspondiente”⁵⁸⁰.

Es importante acá el razonamiento que hace el tribunal sobre la obligación de prevención que se califica como una obligación de medio y no de resultado, con lo cual no se demuestra su incumplimiento por el mero hecho de que un derecho haya sido violado⁵⁸¹, en directa relación a mi modo de ver con el reconocimiento claro de que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas, tal como lo han señalado el CEDAW, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* y la *Plataforma de Acción* de la Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing, agregando que en 2006 la Relatora Especial sobre violencia contra la mujer de la ONU señaló que “[t]omando como base la práctica y la opinio juris [...] se puede concluir que hay una norma del derecho internacional consuetudinario que obliga a los Estados a prevenir y responder con la debida diligencia a los actos de violencia contra la mujer”⁵⁸².

Se pronuncia en esto la Corte en el sentido de que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, ha de prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en

⁵⁷⁹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 408.

⁵⁸⁰ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 109.

⁵⁸¹ Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 252.

⁵⁸² Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205, párrafo 254.

casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen además de las obligaciones genéricas contenidas en la *Convención Americana*, una obligación reforzada a partir de la *Convención Belém do Pará*⁵⁸³.

Sobre estas bases que son un precedente jurisprudencial de gran valor no sólo para la discriminación a mujeres sino también para la que sufren los otros grupos vulnerables de mi interés como las minorías sexuales, la Corte sentenció que a pesar de que el Estado tenía pleno conocimiento del riesgo que corrían las mujeres de ser objeto de violencia, no demostró haber adoptado medidas efectivas de prevención antes de noviembre de 2001 que redujeran los factores de riesgo para las mujeres. Aunque el deber de prevención sea uno de medio y no de resultado, el Estado no demostró que las medidas que alegó, tanto institucionales como legislativas, por más que fueran necesarias y demuestren un compromiso estatal, fueran suficientes y efectivas para prevenir las graves manifestaciones de la violencia contra la mujer que se vivía en Ciudad Juárez en la época del presente caso⁵⁸⁴.

En este orden de ideas, tal vez el pronunciamiento más relevante de los jueces americanos es el recuerdo enfático de que conforme a jurisprudencia de la Corte es claro que un Estado no puede ser responsable por cualquier violación de derechos humanos cometida entre particulares dentro de su jurisdicción. En efecto, las obligaciones convencionales de garantía a cargo de los Estados no implican una responsabilidad ilimitada de los Estados frente a cualquier acto o hecho de particulares, pues sus deberes de adoptar medidas de prevención y protección de los particulares en sus relaciones entre sí se encuentran condicionados al conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y a las posibilidades razonables de prevenir o evitar ese riesgo. Es decir, aunque un acto u omisión de un particular tenga como consecuencia jurídica la violación de determinados derechos humanos de otro particular, aquél no es automáticamente atribuible al Estado, pues debe atenderse a las circunstancias particulares del caso y a la concreción de dichas obligaciones de garantía⁵⁸⁵. Pese a esta aclaración, la Corte agrega que el deber de investigar efectivamente (que se entiende es parte de ese deber de debida diligencia aclaro por mi parte) “*tiene alcances adicionales cuando se trata de una mujer que sufre una muerte, maltrato o afectación a su libertad personal en el marco de un contexto general de violencia contra las mujeres*” recordando que su símil europeo ha dicho “*que cuando un ataque es motivado por razones de raza, es particularmente importante que la investigación sea realizada con vigor e imparcialidad, teniendo en cuenta la necesidad de reiterar continuamente la condena de racismo por parte de la sociedad y para mantener la confianza de las minorías en la habilidad de las autoridades de protegerlas de la amenaza de violencia racial*”. El criterio anterior es totalmente aplicable al analizarse los alcances del deber de debida diligencia en la investigación de casos de

⁵⁸³ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafo 258.

⁵⁸⁴ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafo 279.

⁵⁸⁵ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafo 280.

violencia por razón de género⁵⁸⁶, pronunciamiento este último que abre nueva esperanza para las luchas contra las discriminaciones en contextos de estigmatización.

En la misma línea y recordando otros pronunciamientos jurisprudenciales, como el emblemático *Velásquez Rodríguez con Honduras* y algunos posteriores⁵⁸⁷, a mi modo de ver y desde una óptica pro-persona, fallos como éste ayudan a abrir paso en el derecho internacional a la consideración del efecto horizontal y no sólo vertical de los derechos que muchas veces reclaman los estados por razones que con ese caso quedan más que evidenciadas, tema por cierto que la doctrina internacionalista ya viene justificando desde hace años especialmente teniendo en cuenta que la distinción clásica entre “lo público” y “lo privado”, ha dejado en muchos casos silenciadas algunas manifiestas violaciones de derechos de las mujeres bajo el recurso a la no intervención estatal en este último ámbito, el énfasis puesto tradicionalmente en las violaciones de los derechos civiles y políticos que emanan del estado o sus agentes y el frecuente olvido de la interdependencia e indivisibilidad de los derechos⁵⁸⁸.

En lo que toca a las medidas de reparación, en lo pertinente al tema por el que se aborda este caso en este apartado, hay que decir la sentencia indica que su valoración se hará en función de que éstas: “...iv) reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten **desde una perspectiva de género**, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres...” (el énfasis es mío)⁵⁸⁹. A partir de ello, sobre el deber del estado de investigar agrega que deberá seguirse desde la inclusión de la perspectiva de género como una directriz.

El caso Campo Algodonero ha marcado un hito en lo que ha sido la lucha de las mujeres víctimas de violencia de género en el mundo y especialmente en el continente americano⁵⁹⁰. Si bien

⁵⁸⁶ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafo 293.

⁵⁸⁷ En el sistema americano deben apuntarse las siguientes sentencias. *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, Serie C N° 4, de 29 de julio de 1988, párrafos 172 y 174; *Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, Serie C N° 140, de 31 de enero de 2006, párrafo 123; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay*, Serie C N° 146, de 29 de marzo de 2006, párrafos 154 y 155; *Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia*, Serie C N° 192, de 27 de noviembre de 2008, párrafo 78. Disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011). En el ámbito europeo, Sentencia de 28 de marzo de 2000, dictada en el *Caso Kilic contra Turquía* (Application N° 22492/93), párrafos 62 y 63, y Sentencia de 28 de octubre de 1998, pronunciada en el *Caso Osman contra Reino Unido*, (Application N° 23452/94), párrafos 115 y 116. Disponibles en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=53647317&skin=hudoc-en> (último acceso: 7 de enero de 2011).

⁵⁸⁸ En ese sentido se ha pronunciado el profesor Manfred Nowak, quien señala que la doctrina internacionalista actual va más allá del clásico deber del estado de interferir frente a violaciones de derechos individuales cometidas por el estado o sus agentes, concibiendo que los estados están obligados a usar la debida diligencia para prevenir, investigar y castigar las violaciones de derechos humanos entre particulares y así, cuando esto falla, el estado debe ser sancionado. Su análisis se hace a partir de entender que una de las formas de ver la clásica dicotomía entre lo público y lo privado tiene que ver con la asunción de que lo público es lo que tiene que ver con el estado y sus agentes, y lo privado, aquello en que se involucra la vasta gama de actividades no estatales, óptica bajo la cual quedaría fuera la protección de los derechos de la mujer, si no se adopta el moderno enfoque de la responsabilidad estatal de prevención. Cook, R., “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, en *Human Rights Quarterly*, 15:2, 1993, pp. 234-235. Véase también en esa línea Sullivan, D. “The Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995, pp. 126-134.

⁵⁸⁹ *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México*, Serie C N° 205, párrafos 451 y 455.

⁵⁹⁰ Antes en todo caso, a propósito de los hechos ocurrido en un penal peruano a inicios de los años noventa, la Corte Interamericana ya había tenido oportunidad de referirse a la violencia de género en su sentencia de 25 de noviembre de 2006, *Caso del Penal Miguel Castro Castro con Perú*, Serie C N° 160 (párrafo 223), aún cuando no avanzó lo que se hubiera querido conceptualmente al no explicar en qué consistía el deber de diligencia en el caso de violencia sexual, ni cómo y de qué forma el artículo 7.b. de la *Convención de Belém do Pará* especifica y complementa las obligaciones que surgen del Pacto americano de San José.

sólo tres de todas las víctimas han obtenido justicia por medio de este fallo, las ideas que ha sentado la Corte abren espacio a pensar que los estados deberán poner atención y especial cuidado en la violencia como una de las formas más grave de discriminación contra las mujeres⁵⁹¹.

Especialmente interesante es el voto razonado del Juez Cancado Trindade - sobre todo en los párrafos 58-74 que tratan de la “La Necesidad e Importancia del Análisis de Género” - en que, recordando que el análisis de género fue planteado por vez primera ante esa Corte por los representantes de las propias víctimas y sus familiares y no por la Comisión, como verdadera parte demandante ante la Corte y como sujetos del Derecho Internacional, manifiesta de forma fundada que se han violado con particular crueldad los derechos humanos de la mujer, configurando la responsabilidad internacional agravada del Estado demandado, poniendo una especial atención en el tema del proyecto de vida de la maternidad en el marco de la violencia desplegada contra las mujeres en los hechos que motivaron la causa. Disponibles en <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> (último acceso: 7 de enero de 2011) Lo propio hizo la Comisión Interamericana en el *Caso María Da Pena Fernandes contra Brasil*, estableciendo la relación entre discriminación y violencia (Informe de Fondo N° 54/01, de 16 de abril de 2001). Disponible en <http://www.cidh.org/women/brasil12.051.htm> (último acceso: 20 de mayo de 2010). En el ámbito europeo, un caso relevante y emblemático de discriminación a la mujer ha sido el reciente *Caso Opuz con Turquía*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por sentencia de 9 de junio de 2009 que declaró que “la falla del Estado de proteger a las mujeres contra la violencia doméstica viola el derecho de ellas a igual protección de la ley y esta falla no necesita ser intencional”. La Corte Europea consideró que aunque la pasividad judicial general y discriminatoria en Turquía no era intencional, el hecho de que afectaba principalmente a las mujeres permitía concluir que la violencia sufrida por la peticionaria y su madre podía considerarse violencia basada en género, lo cual es una forma de discriminación en contra de las mujeres. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal aplicó el principio según el cual una vez que se demuestra que la aplicación de una regla lleva a un impacto diferenciado entre mujeres y hombres, el Estado debe probar que se debe a factores objetivos no relacionados con la discriminación. La Corte Europea constató que en el lugar en que vivía la peticionaria se presentaba el número más alto de víctimas de violencia doméstica, que las víctimas eran todas mujeres, que la mayoría de las víctimas eran del mismo origen y, además, que las mujeres víctimas enfrentaban problemas cuando denunciaban la violencia, como el hecho que los policías no investigaban los hechos sino que asumían que dicha violencia era un “tema familiar”. *Caso Opuz con Turquía* (Application N° 33401/02), párrafos 180, 191 y 200. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=opuz&sessionid=53922553&skin=hudoc-en> (último acceso: 7 de enero de 2011) Otro desarrollo interesante sobre la violencia hacia las mujeres se encuentra en el Informe “Acceso a la Justicia de las Mujeres víctimas de violencia”, de 20 de enero de 2007, emanado de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que pone el énfasis en el problema de la violencia contra las mujeres como una manifestación de discriminación con base en el género, haciendo presente la necesidad en este caso de un deber de diligencia particular. Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68. Disponible en: <http://www.cidh.org/pdf%20files/Informe%20Acceso%20a%20la%20Justicia%20Espanol%20020507.pdf> (último acceso: 9 de agosto de 2010)

⁵⁹¹ En su Voto Concurrente al fallo, la jueza chilena Cecilia Medina se pronuncia por la idea de que los tratos sufridos por las víctimas de este caso debieron ser considerados como una forma de tortura, bajo el razonamiento que los estados están obligados a garantizar que nadie sea torturado o sometido a tratos crueles, inhumanos o degradantes y que aunque no se hayan cometido los malos tratos por parte del estado o sus agentes, este debe responder, argumentando en que el requisito de que los actos provengan de agentes estatales es uno impuesto por la *Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura* y por la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*, siendo ambas posteriores a la *Convención Americana* y que además en otros casos la misma Corte no ha dudado de calificar de tortura algunos hechos, todo ello en relación con la consideración de *ius cogens* en la prohibición de la tortura. Recordando jurisprudencia penal internacional indica que el Tribunal para la Ex-Yugoslavia, después de examinar el conjunto de normas y reglas que se refieren a la tortura ha llegado, por una parte, a la conclusión de que hay tres elementos en la tortura que no son objetivos y que constituyen, por consiguiente, *jus cogens*: i) el sufrimiento o dolor severos, físicos o mentales, ya sea por acción u omisión; ii) la intencionalidad del acto y iii) la motivación o fin del acto para conseguir algo. Por otra parte, hay tres elementos que permanecen en contienda y, por lo tanto, no forman parte del *jus cogens*: i) la lista de motivaciones por las cuales el acto se comete; ii) la necesidad de que el acto se cometa en conexión con un conflicto armado; y iii) el requisito de que el acto sea perpetrado o sea instigado por un agente del Estado o se realice con su consentimiento o aquiescencia. A partir de ello la jueza chilena señala que “*Todo este razonamiento me lleva a sostener que la Corte no está obligada a aplicar o a guiarse ni por la definición de la CIPST ni por la de la Convención contra la Tortura, sino que debería hacer prevalecer la concepción del jus cogens, puesto que ella establece la mejor protección para las víctimas de tortura. Recuerdo, por lo demás, que el artículo 16 de la CIPST dispone que esa Convención “deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura”, de modo que interpretar la tortura apartándose de dicha Convención no constituye un incumplimiento de la misma sino, por el contrario, su aplicación fiel*”. “*Si la Corte es independiente para definir la tortura y por lo tanto no necesita integrar como un elemento del concepto de la misma la participación por acción u omisión de un agente del Estado (ni necesita tampoco interpretar de manera estrecha el concepto de aquiescencia, puesto que en este caso - basándome en los hechos - sostengo que usando el concepto de aquiescencia del Comité contra la Tortura había aquiescencia del Estado) el único problema que debería analizarse es si es posible atribuirle al Estado el no haber cumplido con su obligación de garantizar la integridad personal de las víctimas frente a la posibilidad de la tortura. No necesito repetir lo que la Corte ha dicho en numerosos fallos y que reitera en éste en cuanto a que la obligación de garantizar requiere el deber de prevenir*”. A su línea argumental me permito añadir que en tal caso se podría llegar a concebir un deber de todos los estados de perseguir hechos como éste a partir de la asunción del principio de jurisdicción universal en materia de tortura y, asimismo, un razonamiento como el expuesto daría pie para que una institución prohibida como la tortura pueda empezar a ser analizada desde una *perspectiva de género* pues muchas veces actos que se pueden calificar de tortura, o al menos de actos inhumanos o degradantes, ocurren en marcos privados como las relaciones de pareja o de familia, y no necesariamente en el marco de la actividad estatal o de “lo público”.

2.3.2. Una referencia genérica a la labor en el marco de los procedimientos especiales.

Los mecanismos que no tienen su base en un tratado han resultado bastante útiles en situaciones de emergencia y en atención a los problemas de alcance que presentan los medios convencionales para muchas situaciones discriminatorias para la mujer, tanto por su *sexo* como por su *género*⁵⁹².

En el marco de los mandatos temáticos de Naciones Unidas hay esencialmente dos preocupados de situaciones que configuran discriminación a la mujer⁵⁹³: el *Relator Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños*; y el *Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias*. Si bien no contienen obligaciones concretas para los estados sí constituyen una panorámica sobre el estado de la cuestión a escala mundial, teniendo presente que se trata de informes de denuncia pública, de análisis y de detección de casos de discriminación y vulneración que en muchos casos provocan gran impacto político en las sociedades nacionales y, por esa vía, ayudan a mejoras en algunas situaciones críticas.

El primero fue creado por Resolución 2004/110 de la Comisión de Derechos Humanos originalmente por 3 años pero ya ha sido renovado en 2008 su mandato por el Consejo de Derechos Humanos en su Resolución 8/12⁵⁹⁴.

En el Informe 2009 de la Relatora Especial a la Asamblea General⁵⁹⁵ se puede observar el énfasis en la situación de la mujer en la cuestión de la trata de personas, calificando como una

⁵⁹² Entre los mecanismos extra convencionales con que las Naciones Unidas se preocupó de reforzar los convencionales, por su naturaleza de base voluntaria esencialmente insuficientes y precarios, se encuentran en los orígenes el llamado Procedimiento Público, creado por la Resolución 1235 (XLII), de 16 de marzo de 1967 y el conocido como Procedimiento Confidencial, creado por la Resolución 1503 (XLVIII), de 27 de mayo de 1970. Ambos tienen su fundamento en los artículos 55 y 56 de la *Carta* y, como marco de referencia, la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, los *Pactos Internacionales de Derechos Humanos*, así como otros instrumentos jurídicos tanto convencionales como no convencionales. El mecanismo instituido en 1967 fue con el tiempo desarrollado por la Comisión de Derechos Humanos a través de los Procedimientos Públicos Especiales por Países y de los Procedimientos Públicos Especiales por Materias. En la actualidad y tras la creación del Consejo de Derechos Humanos por Resolución 60/251 de la AGNU, de marzo de 2006, la expresión "procedimientos especiales" se refiere a los mecanismos establecidos por la Comisión de Derechos Humanos y asumidos por este Consejo para hacer frente, o bien a situaciones concretas en los países o en territorios específicos, conocidos como "mandatos por país", o bien a cuestiones temáticas en todo el mundo, conocidos como "mandatos temáticos" y por lo general encomiendan a los titulares de mandatos, sean relatores o grupos de trabajo, examinar, supervisar, prestar asesoramiento e informar públicamente sobre tales situaciones de derechos humanos. Los procedimientos especiales se ocupan de diversas actividades, a saber, dar respuesta a las denuncias individuales, realizar estudios, prestar asesoramiento en materia de cooperación técnica en los países y participar en las actividades generales de promoción de los derechos humanos, existiendo actualmente 30 mandatos temáticos y 8 mandatos por países que se siguen por el Consejo y que reciben el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (OACDH) por medio de facilitarles el personal y el apoyo logístico y de investigación necesarios para el desempeño de sus mandatos. Además, el Consejo ha incorporado como estrategia el llamado Sistema de Examen Periódico Universal, creado en la misma Resolución 60/251 de la AGNU, por el que se busca examinar el cumplimiento de cada estado de sus obligaciones en materia de derechos humanos cada cuatro años, que se lleva adelante por un Grupo de Trabajo y que sobre la base de los informes que presentan los estados, una recopilación de la información que se maneja en las distintas agencias relacionadas de Naciones Unidas y la participación de la sociedad civil, termina con un informe con recomendaciones al estado revisado.

⁵⁹³ No hay que omitir que en los ámbitos regionales también existen estas Relatorías y en lo concerniente a la mujer deben apuntarse como ejemplos la Relatoría de los Derechos de la Mujer de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, creada en 1994 y en el sistema africano la Relatoría Especial sobre los Derechos de la Mujer en África que depende de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

⁵⁹⁴ En el desempeño de su mandato, el Relator Especial: a) adopta medidas en relación con violaciones cometidas contra víctimas de la trata de personas y en situaciones en las que no se han protegido sus derechos humanos, es decir, recibe denuncias; b) realiza visitas a países a fin de examinar la situación in situ y formula recomendaciones que permitan prevenir y/o combatir la trata de personas y proteger los derechos humanos de sus víctimas en países y/o regiones específicas; y c) presenta informes anuales sobre las actividades relacionadas con su mandato. La Sra. Joy Ngozi Ezeilo, de Nigeria, es la actual Relatora. Antes lo fue la Sra. Sigma Huda, de Bangladesh.

⁵⁹⁵ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009.

“condición” la discriminación por razón de sexo y como una “práctica” la violencia de género⁵⁹⁶ y poniendo énfasis en su especial vulnerabilidad a esta nefasta situación por constituir además un gran porcentaje de la población refugiada o desplazada que es la que se ve expuesta mayormente a este tipo de vulneración de derechos⁵⁹⁷. Además, se muestra la preocupación institucional sobre el hecho de que no se aborden en suficiente medida las causas profundas de la trata, citando entre ellas además de la pobreza, la alta tasa de desempleo juvenil y los problemas de demanda de mano de obra barata, a las desigualdades entre los géneros⁵⁹⁸ y por la necesidad de que los agentes del orden, como agentes de policía, personal de los servicios de inmigración, incluido el de las embajadas, personal que presta servicios sanitarios y sociales e inspectores de trabajo, deban contar con la formación adecuada en lo que se refiere al marco jurídico y normativo, tanto nacional como internacional, sobre identificación y protección de las víctimas y prestación de asistencia a éstas, haciendo especial hincapié en el respeto de los derechos humanos de las víctimas de la trata, debiendo esta labor de consolidación de la capacidad institucionalizarse con el ofrecimiento periódico y reiterado de formación en la que se tengan presentes las cuestiones relativas al género⁵⁹⁹, lo que no es más que la incorporación también en este ámbito de la *perspectiva de género*, en clave de mujer, que se viene promoviendo en NU.

Por su parte, el *Relator Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias* fue creado por Resolución 1994/45 de la Comisión de Derechos Humanos, habiéndose renovado también en 2008 su mandato por el Consejo de Derechos Humanos a través de su Resolución 7/24⁶⁰⁰ y obedece a la toma de conciencia que se hizo en la Segunda Conferencia de Derechos Humanos de Viena en 1993, sobre la necesidad de incluir la violencia contra la mujer como una forma de discriminación, en consonancia también con lo que había indicado el órgano de vigilancia de la CEDAW, dejando entonces de ser considerado un tema de la esfera privada para transformarse en un asunto público relativo a derechos humanos.

En uno de los informes emanados de esta relatoría se pone énfasis en la fuerte conexión que existe entre poder masculino y patriarcado con la violencia que afecta en varios ámbitos a la mujer y cómo esto se valida incluso según ciertos contextos determinados cultural y socialmente, en una expresa referencia a la teoría del choque de civilizaciones de Huntington y la imposibilidad de fundamentar violencia contra la mujer en supuestas bases culturales que rompen con los consensos adoptados en materia de derechos fundamentales⁶⁰¹.

En general, de sus informes se desprende la gran cantidad de temas que entran en este mundo de violencia, lo que viene a ser una prueba de la gravedad del problema. La violencia contra la mujer puede provenir de actos muy diversos, algunos más propios del ámbito privado, del seno de la propia familia o la pareja, con todo lo que supone para el equilibrio afectivo de la mujer, y

⁵⁹⁶ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 34.

⁵⁹⁷ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 80.

⁵⁹⁸ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 96.

⁵⁹⁹ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 100, letra c).

⁶⁰⁰ La Sra. Rashida Manjoo, de Sudáfrica, es la Relatora. Antes lo fueron el Dr. Yakin Ertürk de Turquía, entre 2003 y 2009; y la Sra. Radhika Coomaraswamy, de Sri Lanka, entre los años 1994 y 2003.

⁶⁰¹ Doc. NU E/CN.4/2004/66, párrafos 35-39.

otros del ámbito de lo público, proviniendo de la comunidad o aún del Estado. En algunos lo privado y lo público se mezcla, cuando se trata de prácticas pretendidamente culturales que son consentidas e incluso fomentadas por el Estado, como la mutilación genital femenina, lo cual en muchos casos hunde sus raíces en una cultura sexista y patriarcal que justifica la subordinación de la mujer. Otras manifestaciones de violencia se producen cuando hay matrimonios, embarazos, esterilización o abortos forzados, infanticidios femeninos, prácticas de esclavitud femenina y por supuesto, violencia doméstica. Esta última es especialmente grave y para la Relatora se define como todos los actos de abuso físico, psicológico y sexual por razón de sexo cometidos por un familiar contra mujeres de la familia, desde la agresión simple hasta la agresión con lesiones físicas graves, el secuestro, las amenazas, la intimidación, la coacción, el acecho, la agresión verbal humillante, la entrada en el domicilio por la fuerza o el allanamiento de morada, la violencia sexual, la violación conyugal, el incesto, el proxenetismo de mujeres por parte de familiares y toda tentativa de cometer esos actos⁶⁰². Estas conductas suponen patrones comunes: generan dolor físico y/o psíquico; habitualmente (que no siempre) es el hombre quien la despliega; es intencional y normalmente en público se reprime; persigue fines concretos como son el castigo, la intimidación o el menoscabo de la personalidad de la mujer, y suelen tener como causa la idea de la supremacía masculina, mal entendida claro está, que justificaría la falta de toda sanción.

Ahora bien, aunque es preferentemente en el seno de estos dos procedimientos especiales en que se han ventilado los temas que afectan a la discriminación de la mujer, lo cierto es que la transversalidad de la discriminación y desigualdad que la afecta hacen que se tome en cuenta de modo especial en cualquiera de los ámbitos la condición de la mujer, a través de la inclusión de la *perspectiva de género* en el trabajo de otros relatores o grupos de trabajo, permeando así la institucionalidad que vive fuera de los tratados.

Tal es el caso del *Relator para los derechos de los migrantes* en cuyo mandato se pedía “*tener en cuenta una perspectiva de género al solicitar y analizar la información, así como prestar atención a la incidencia de múltiples casos de discriminación y violencia contra las mujeres migrantes*”⁶⁰³. En su Informe ante la Comisión de Derechos Humanos en 2002 la relatora ya daba cuenta de la situación especial de las mujeres migrantes y la violencia contra éstas, y la migración no regular⁶⁰⁴.

En otro ejemplo prueba de lo anterior, la Resolución 7/34 del Consejo de Derechos Humanos, por la que se renueva el mandato al *Relator Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia* le pide que integre

⁶⁰² Doc. NU E/CN.4/1996/53/Add.2

⁶⁰³ Doc. NU E/CN.4/RES/1999/44

⁶⁰⁴ Doc. NU E/CN.4/2002/94, párrafos 39-40; 49-52.

“...una perspectiva de género en toda la labor de su mandato, poniendo de relieve los derechos de la mujer y el racismo”⁶⁰⁵.

En uno de los últimos desarrollos que se observan, la *Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias*, Sra. Gulnara Shahinian, ha dado especial énfasis por su lado en 2010 al terrible tema de la servidumbre doméstica, calificada como un problema mundial de derechos humanos⁶⁰⁶, estableciendo que una de las causas profundas de esta esclavitud doméstica es la feminización de la pobreza y la discriminación por motivo de género que promueve estereotipos sexistas⁶⁰⁷.

Finalmente en esta misma línea hay que destacar el último informe del *Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, el costarricense Vernor Muñoz, de julio de 2010 y presentado ante la Asamblea General en octubre del mismo año por el nuevo relator para el área⁶⁰⁸, que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral. En un documento internacional que estimo puede y debe marcar una nueva etapa en el trabajo que realiza Naciones Unidas en estas materias, el Relator Especial introduce el tema del derecho a la educación sexual situándolo en el contexto del patriarcado y del control de la sexualidad, explicando la interdependencia entre la sexualidad, la salud y la educación así como su relación con otros derechos, desde una perspectiva de género y de diversidad. En el apartado introductorio dedica varios párrafos a tratar de cuestión del patriarcado y su relación con el control de la sexualidad. Desde el inicio reconoce lo que he venido trabajando en esta investigación como uno de los hilos conductores del discurso y es que la sexualidad es una actividad inherente a los seres humanos que abarca múltiples dimensiones personales y sociales, pero que sin embargo, esta actividad suele permanecer oculta o exclusivamente ligada a la reproducción, por diferentes motivos, tanto culturales, como religiosos o ideológicos, que en su mayoría están relacionados con la persistencia del patriarcalismo⁶⁰⁹, del cual remarca que es un sistema de ordenación social que impone la supremacía de los hombres sobre las mujeres, aunque también determina estrictos roles a los hombres e incluso divide a los géneros en contra de sí mismos, impidiendo además la movilidad social y estratificando las jerarquías sociales por lo cual es un sistema que causa y perpetúa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, como son la violencia y la discriminación contra las mujeres⁶¹⁰. El documento gira en buena medida luego sobre las relaciones entre educación y sexualidad, considerando a la educación como la herramienta primaria y fundamental para combatir el patriarcalismo y para generar el cambio cultural tan necesario para la igualdad entre las personas, reconociendo que uno de los principales medios de los que se valen el

⁶⁰⁵ También es un ejemplo el mandato otorgado al Experto Independiente sobre la Cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el acceso al agua potable y al saneamiento, a quien se ordenó “d) aplicar una perspectiva de género, entre otras cosas determinando los elementos de vulnerabilidad específicos del género”. Resolución 7/22 del Consejo de Derechos Humanos, de 28 de marzo de 2008.

⁶⁰⁶ Doc. NU A/HRC/15/20, párrafo 11.

⁶⁰⁷ Doc. NU A/HRC/15/20, párrafos 63-68.

⁶⁰⁸ Doc. NU A/65/162

⁶⁰⁹ Doc. NU A/65/162, párrafo 5.

⁶¹⁰ Doc. NU A/65/162, párrafos 7 y 8.

sistema patriarcal y sus agentes para perpetuar su vigencia, consiste en negar a las personas sus posibilidades de recibir una educación en derechos humanos con perspectiva de género y de diversidad⁶¹¹. Conteniendo varias referencias que muestran una primera consideración real en el sistema de los procedimientos especiales a los matices del concepto *género* como construcción socio-cultural y a las diversidades, destaca la importancia de que para que la educación sexual sea integral y cumpla sus objetivos, debe tener una sólida perspectiva de género⁶¹². Por cierto, iré sobre esas referencias sobre las diversidades en otros apartados de este trabajo.

Se observa entonces como conclusión en esto que si bien hay grupos o relatores especialmente creados para preocuparse de alguna situación particular que afecta a la mujer, como la violencia según ya se ha dicho, en general la transversalidad de la discriminación y desigualdad que la afectan hacen que se tome en cuenta de modo especial en cualquier ámbito en que se despliega un margen de protección de derechos humanos. De hecho, en el mes de marzo de 2010, con ocasión del día internacional de la mujer y enmarcada en el décimo quinto aniversario de la Cuarta Conferencia de la Mujer de Beijing se produjo una declaración conjunta de varios relatores y presidentes de grupos de trabajo dando cuenta de una visión articulada sobre los derechos de la mujer que se entiende ha de existir a partir de todos los esfuerzos de mejora de estos años⁶¹³.

⁶¹¹ Doc. NU A/65/162, párrafos 8 y 9.

⁶¹² Doc. NU A/65/162, párrafos 21, 22 y 23.

⁶¹³ UN Independent Experts articulate a vision for women's rights: post Beijing + 15. Statement on the Occasion of International Women's Day (8 March) GENEVA – The Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, together with the other UN independent experts mentioned herewith, called today for a new vision of women's rights informed by the lessons learnt from the 15 year review of the implementation of the Beijing Platform for Action. Today International Women's Day, has a special meaning while governments, civil societies, and UN agencies are gathered in New York at the Commission on the Status of Women to assess the progress made since the Beijing Platform for Action was adopted in 1995 at the UN Fourth World Conference on Women in Beijing. "At this juncture in time, understanding where and why we may have failed in the implementation of the Beijing Platform for Action is as important as understanding where and why we have succeeded," stated Rashida Manjoo, Special Rapporteur on violence against women. This review process provides a historic opportunity to develop solid evidence-based approaches and policies for women's advancement and the protection of their rights. An impressive 186 States have ratified the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW). The near universal ratification of this key international instrument for women's rights is a reason for celebration on the occasion of its 30th Anniversary. Violence against women, a critical area in the Beijing Platform for Action, has been increasingly recognised as a key priority in all regions of the world. Many countries have adopted or strengthened legislation on domestic violence, and initiated programmes, policies and awareness raising activities addressing both old and new forms of exploitation and violence against women and girls. Yet old challenges in the protection of women's rights remain, such as multiple forms of discrimination. In addition, new challenges have emerged in conjunction with phenomena like the global financial crisis, political violence, displacement and migration, and the acceleration in environmental degradation. The continued use of brutal violence against women, including sexual violence, as a weapon of war in conflict situations also remains a pressing concern. At the domestic level, lack of implementation of laws and other commitments to secure women's rights, and the lack of gender sensitive budgetary policies, remain chronic problems. The areas of critical concern for women identified in Beijing such as the economy, the environment, armed conflict, poverty, decision-making and political participation, as well as violence against women, to give only a few examples, appear more pressing than ever in our current economic and political context. "The lessons learnt from this stock-taking exercise must guide us towards a new framework that provides for more accountability and a fresh vision on women's rights, and provides the space for negotiating a new social and gender contract," affirmed the independent experts. "15 years after Beijing we would like to project a new vision where creative measures ensure the full participation of women from all walks of life. A vision where the participation of women in all contexts, be it in peacetime, conflict or post conflict situations, or during other types of crisis such as natural disasters or financial crises, is a requisite element for the protection of their rights, but also to achieve peace, security and sustainable human development," concluded the experts. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=9877&LangID=E> (último acceso: 7 de abril de 2010)

2.4. Las Conferencias Internacionales y la Discriminación de mujeres.

2.4.1. La primera aproximación. Abriendo espacio al *sexo* en el marco de la perspectiva sobre el desarrollo de las conferencias de vocación general.

La sexualidad en una mirada amplia pero considerando antes que todo la básica diferencia y desigualdad entre hombres y mujeres ha estado presente en aquellas iniciativas sin fuerza vinculante - desde un punto de vista estrictamente legal - pero que han ido buscando desarrollar políticamente los avances logrados en el plano normativo y concretarlos en acciones y logros que movilicen a los actores y sujetos internacionales en esa línea de trabajo y que han sido esencialmente la serie de Conferencias sobre diversos tópicos de derechos humanos celebradas en el seno de Naciones Unidas durante la segunda mitad del siglo XX y lo que va del siglo XXI.

En esta lógica, la primera consideración que surge es la constatación de que ha ido obrando un tránsito desde un modelo que trataba el *sexo* y la situación de la mujer en función de su relación con el desarrollo demográfico y las consecuencias de ello en la estabilidad política y económica mundial, enfoque seguido en la *Primera Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán*, en 1968, a un modelo que se centra en la idea de que de la *sexualidad* emanan derechos, enfoque seguido en la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo*, de 1994⁶¹⁴, y por supuesto recogido en la cumbre temática por excelencia de los derechos para las mujeres como fue la *Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de Beijing*, de 1995, en la cual se observa ya una idea que tiene algo más que ver con las identidades y la personalidad como nuevo enfoque.

La *Conferencia de Derechos Humanos*, celebrada en Teherán entre el 22 de abril y el 13 de mayo de 1968 es el primer momento en que dentro de un marco global de análisis de los resultados obtenidos en los veinticinco años de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* incorporando de forma clara la cuestión de la indivisibilidad de los derechos, se vino por vez primera a considerar a la “planificación familiar” en clave de derechos pero en función del desarrollo. En el numeral 16 de su *Declaración*⁶¹⁵ se proclama que “*La comunidad internacional debe ser velando por la familia y el niño. Los padres tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos*”, lo cual se recogería en un instrumento posterior, la *Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo Social* que pide además una acción internacional a favor de las familias que les otorgue “*los conocimientos necesarios para que puedan ejercitar su derecho a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos*”⁶¹⁶. El texto

⁶¹⁴ Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo, Párrafo 7.3, Capítulo VII. Doc. A/CONF.171/13.

⁶¹⁵ Declaración de Teherán, proclamada en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos, 13 de mayo de 1968. Doc. A/CONF.32/41.

⁶¹⁶ Doc. UN A/RES/2542 (XXIV), de 11 de diciembre de 1969, párrafos 4 y 22.

de 1968 además ya se hizo cargo de la discriminación de la mujer y su fin como una necesidad para el progreso de la humanidad, lo que demuestra el enfoque seguido en esos años⁶¹⁷.

Años después⁶¹⁸, la *Segunda Conferencia de Derechos Humanos* celebrada en Viena, Austria, marca un punto de inflexión para todo el desarrollo de la efectividad del respeto a los derechos humanos en el mundo, remarcando ya en el Preámbulo de la *Declaración y Programa de Acción de Viena* el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin distinción de raza, *sexo*, idioma o religión y señalando la preocupación “*por las diversas formas de discriminación y violencia a que siguen expuestas las mujeres en todo el mundo*”⁶¹⁹ lo que además se demuestra en el articulado al contener referencias a varios de los grupos más vulnerables de seres humanos. Desde luego hay referencias a las mujeres y también a los indígenas⁶²⁰, a los niños⁶²¹, a los discapacitados⁶²², a los refugiados y desplazados⁶²³, entre otros grupos que fueron motivo de especial preocupación en Viena.

Específicamente en lo que toca al tema que ocupa este apartado hay que decir de Viena que el Párrafo 18 resulta relevante al reconocer expresamente los derechos humanos de la mujer y de la niña como “*parte inalienable, integrante e indivisible de los derechos humanos universales*”⁶²⁴.

Luego, en el Capítulo II.B sobre “Igualdad, dignidad y tolerancia” concretamente en el punto 3 se trata de “La igualdad de condición y los derechos humanos de la mujer” y se hace un llamado a incorporar a la mujer como agente y beneficiaria del proceso de desarrollo, poniendo el énfasis entonces en este aspecto que liga su igualdad de derechos y oportunidades con éste, en conformidad con la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*⁶²⁵ y lo que había sido el capítulo 24 del Programa 21 adoptado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo⁶²⁶, celebrada en Río de Janeiro, Brasil, en 1992, en una clara vinculación también al aspecto demográfico del desarrollo y el rol reproductor de la mujer. Hay que recordar que la famosa Conferencia de Río reconoció el papel esencial de las mujeres en la preservación y gestión de los recursos naturales y el estrecho vínculo entre pobreza, *sexo* y medio ambiente⁶²⁷.

⁶¹⁷ Doc. A/CONF.32/41, párrafo 15.

⁶¹⁸ La *Conferencia Mundial sobre Educación para Todos*, celebrada en 1990 en Jomtien, Tailandia, inserta en el grupo de conferencias relacionadas con el desarrollo que se sucedieron en la década de los noventa, recogió entre sus objetivos la eliminación de todas las disparidades entre los sexos en la enseñanza primaria y secundaria para el año 2015, asegurando a las niñas el acceso equitativo y sin restricciones a una educación e calidad.

⁶¹⁹ Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, Preámbulo. Doc. A/CONF.157/23.

⁶²⁰ Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 20, Capítulo I.

⁶²¹ Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 21, Capítulo I.

⁶²² Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 22, Capítulo I.

⁶²³ Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 23, Capítulo I.

⁶²⁴ Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 18, Capítulo I.

⁶²⁵ Principio 20. “*Las mujeres desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo. Es, por tanto, imprescindible contar con su plena participación para lograr el desarrollo sostenible*”. Informe de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Anexo I Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo. Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I).

⁶²⁶ Programa 21, Capítulo 24: “Medidas mundiales a favor de la mujer para lograr un desarrollo sostenible y equitativo”. Disponible en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/agenda21spchapter24.htm> (último acceso: 23 de marzo de 2010)

⁶²⁷ La Conferencia de Río tuvo su antecedente en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en Estocolmo, Suecia, entre el 5 y el 16 de junio de 1972 y en que la mujer y su situación estuvo prácticamente ausente del debate y los resultados. De hecho, su Declaración Final señala en el Preámbulo que “1. *El hombre es a la vez obra y artífice del medio que lo rodea...el hombre ha adquirido el poder de transformar, de innumerables maneras y en una escala sin precedentes, todo cuanto le rodea...3. El hombre debe hacer constantemente recapitulación de su experiencia y continuar descubriendo, inventando, creando y*

Además, se pone especial énfasis en Viena en varios apartados en la necesidad de incorporarla y facilitar su acceso a puestos de dirección y a los procesos de adopción de decisiones, tanto en los planos gubernamentales como a nivel de la institucionalidad internacional lo que ha sido un proceso lento si se mira la proporción entre hombres y mujeres ocupando cargos en comisiones, tribunales o puestos de relevancia en organizaciones internacionales como se apuntó antes.

En otra cuestión muy relevante, como resultado de Viena 1993 y siguiendo la Recomendación General N° 19 del Comité de la CEDAW, adoptada en su 11° período de sesiones de 1992, y el propio llamado hecho en la *Declaración y Plataforma de Acción de Viena* en esta parte, se adoptó la *Declaración sobre Violencia contra la Mujer*, como Resolución de la Asamblea General 48/104, de 20 de diciembre de 1993. Como una de las principales formas de discriminarla, se puso realmente en el lugar que corresponde en el marco de la lucha pro derechos humanos de la mujer, reconociendo que ésta se presenta en muy diversos planos y toma muchas formas que a veces van asociadas a prejuicios culturales y extremismos religiosos⁶²⁸.

Asimismo, es en esta instancia en que se comenzó por primera vez a considerar que las violaciones a los derechos humanos pueden producirse también en la esfera privada y no sólo en la pública y así, se considera la posibilidad de la responsabilidad estatal por actos ocurridos en el espacio privado de la vida de las personas, lo que es especialmente importante para las mujeres y se enmarca en el tema del efecto horizontal de los derechos y la posibilidad, al menos eventual, de que los estados tengan que llegar a responder cuando la violación se produce o emana de un acto de un sujeto privado por no guardar el deber de debida diligencia. De hecho, la Recomendación N° 19 recién citada lo señala expresamente: “...la discriminación no se limita a los actos cometidos por los gobiernos o en su nombre...En virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas”.

En general hay que reconocer que en Viena se incorporan ciertos tópicos de *sexualidad* en clave de derechos humanos: el acoso y la violencia sexual, la violación, la esclavitud sexual, pero

progresando...7. **Hombres** de toda condición y organizaciones de diferente índole plasmarán, con la aportación de sus propios valores y la suma de sus actividades, el medio ambiente del futuro”. Luego, en la parte referida a los Principios, siguiendo la misma línea señala: “Principio 1. El **hombre** tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar...Principio 4. El **hombre** tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y fauna silvestres y su hábitat...” (todos los destacados son míos) y no se menciona en ningún apartado la expresión mujer. Doc. A/CONF.48/14/Rev.1 (1972).

⁶²⁸ Artículo 1: “A los efectos de la presente Declaración, por “violencia contra la mujer” se entiende todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada”. Artículo 2: “Se entenderá que la violencia contra la mujer abarca los siguientes actos, aunque sin limitarse a ellos: a) La violencia física, sexual y psicológica que se produzca en la familia, incluidos los malos tratos, el abuso sexual de las niñas en el hogar, la violencia relacionada con la dote, la violación por el marido, la mutilación genital femenina y otras prácticas tradicionales nocivas para la mujer, los actos de violencia perpetrados por otros miembros de la familia y la violencia relacionada con la explotación; b) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada dentro de la comunidad en general, inclusive la violación, el abuso sexual, el acoso y la intimidación sexuales en el trabajo, en instituciones educacionales y en otros lugares, la trata de mujeres y la prostitución forzada; c) La violencia física, sexual y psicológica perpetrada o tolerada por el Estado, dondequiera que ocurra”.

se siguen ignorando otras manifestaciones de la sexualidad que se basen en una cierta pluralidad. Es decir, se trabaja sobre la base de la *heterosexualidad* como la opción sexual natural o lógica y en la mujer como la única víctima de discriminaciones por su *sexo*.

Por su parte, la *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*, celebrada en 1994 en El Cairo, Egipto, significó un avance también relevante ya que por primera vez un texto de vocación universal resultante de una conferencia mundial usa los vocablos *sexo* y *sexualidad* con otras connotaciones, no vistas hasta esa época.

El documento *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*⁶²⁹ dedica sendos capítulos a estas cuestiones. Especialmente relevantes resultan el cuarto “Igualdad y equidad entre los sexos y habilitación de la mujer” - que anticipó temas que se discutirían luego en Beijing - ; el quinto “La familia, sus funciones, derechos, composición y estructura”; y el séptimo “Derechos reproductivos y salud reproductiva”, sin perjuicio de las referencias a la mujer que se encuentran a propósito de otras materias tratadas en el texto final. Asimismo, es de destacar que en el marco de los principios que constituyen el capítulo segundo, el cuarto principio se refiere a la promoción de la equidad y la igualdad de los sexos y los derechos de la mujer, así como la eliminación de la violencia de todo tipo contra la mujer y el aseguramiento de que sea ella quien controle su propia fecundidad, todo lo cual se estima piedra angular de los programas de población y desarrollo. Se señala además que la erradicación de todas las formas de discriminación por motivos de *sexo* es un objetivo prioritario de la comunidad internacional. Desde mi visión, esta proclamación, junto con ser una buena iniciativa, al encontrarse enmarcada en la situación de derechos de la mujer demuestra una vez más que en el ámbito internacional tienden a hacerse sinónimos *sexo* y *mujer*, relegando al total olvido las situaciones en que los hombres puedan sufrir discriminación por motivo de su *sexo* y que, aunque escasas, existen.

Hay que decir en todo caso como un avance que en El Cairo el enfoque estuvo más centrado en la satisfacción de las necesidades de las personas y sus derechos más que en temas simplemente numéricos o demográficos propiamente tales. En esa óptica es que se explica la enorme relevancia que tuvo el tema de la planificación familiar y la salud sexual y reproductiva de la mujer, aunque debe reconocerse el guiño hacia el hombre y su participación en tales procesos, siempre mirando desde una óptica que asume que tienen roles diferentes y que en la mayoría de las sociedades el hombre ejerce un poder preponderante en casi todas las esferas de la vida. Se reafirma el derecho fundamental de todas las parejas y de todas las personas a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de nacimiento de sus hijos, y a disponer de la información, la educación y los medios necesarios para hacerlo⁶³⁰. Se subraya además que la familia es la unidad básica de la sociedad y como tal debe fortalecerse. Además se reconoce que hay diversas formas de familia en

⁶²⁹ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, I. Resoluciones Aprobadas por la Conferencia. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Doc. A/CONF.171/13.

⁶³⁰ Antes, en 1974 y en el marco de la Conferencia de Población de Bucarest se recogió en el Plan de Acción de Población Mundial la idea la decisión de parejas e individuos a decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos, pero siempre considerando sus responsabilidades para con la comunidad.

diferentes sistemas culturales, políticos y sociales, lo que no puede negarse como avance para esos tiempos aunque ya había sido reconocido a nivel del Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 19, de 27 de julio de 1990 sobre protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, que dio cuenta de la diversidad de formas de familia y cómo los estados deben dar adecuada protección a aquellas que reconocen como tales⁶³¹.

En el capítulo referido a “Derechos reproductivos y salud reproductiva”, se adopta en el párrafo 7.2 una definición de “salud reproductiva” en la línea de la Organización Mundial de la Salud, entendiendo entonces que se trata de *“un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos”*, agregando que *“entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, y cuando y con que frecuencia”* lo que supone implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y el de planificación de la familia de su elección, *“así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos”*. Finaliza agregando que se incluye la “salud sexual” cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales.

Como se puede apreciar de la simple lectura, hay por vez primera en este ámbito internacional una noción de “derechos reproductivos” y la consideración de la sexualidad no sólo en la simple perspectiva que la ligaba a la demografía y el desarrollo. En esta parte hay también un guiño como he dicho antes hacia el hombre aunque debo aclarar sí que lo que hay en este encuentro es una mirada uniforme y bastante conservadora sobre la *sexualidad*. En efecto, si bien se le otorga algún protagonismo al varón en el proceso de la reproducción, sigue sin mencionarse la pluralidad en las prácticas sexuales y las diferentes opciones sexuales. La única alternativa parece ser la *heterosexualidad* y la procreación en pareja, aún cuando parece que se empieza a disociar el *sexo* como necesariamente igual a reproducción y aparece, como he dicho, la reproducción como un derecho humano, dándole contenido en función de otros derechos ya consagrados normativamente y señalando que se reconocen a *“parejas e individuos”*.

No es menor destacar que este capítulo fue el que presentó el mayor número de “reservas” y declaraciones por parte de los estados asistentes a Egipto. Entre ellos, Jamahiriya Arabe Libia,

⁶³¹ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol.I) “2. El Comité observa que el concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Sin embargo, el Comité destaca que, cuando la legislación y la práctica de un Estado consideren a un grupo de personas como una familia, éste debe ser objeto de la protección prevista en el artículo 23. Por consiguiente, en sus informes, los Estados Partes deberían exponer la interpretación o la definición que se da del concepto de familia y de su alcance en sus sociedades y en sus ordenamientos jurídicos. Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, “nuclear” y “extendida”, debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros”.

Yemen, el propio Egipto, Indonesia, Argelia, Afganistán, la República Árabe Siria, El Salvador, Kuwait, Jordania, Malta, la República Islámica del Irán, Malasia, Djibouti, Maldivas, y la Santa Sede, dando lo que sería la primera muestra de la complejidad que significó la introducción de esta perspectiva de la *sexualidad* en el ámbito internacional que se mantuvo luego en Beijing. En una mirada global, estas “reservas” y/o declaraciones apuntaban a la compatibilidad con la ley islámica (por ejemplo, Yemen⁶³²); a la cuestión del aborto (por ejemplo, Argentina⁶³³, Malta⁶³⁴, Nicaragua⁶³⁵ y Paraguay⁶³⁶) y también a lo que toca a los derechos de parejas homosexuales, por ejemplo al usar la expresión “*individuos*” a propósito de los derechos reproductivos, cuestión ésta última a la que iré en el capítulo 5^o⁶³⁷.

Como el plan fijado en 1994 se previó para los veinte años siguientes, se han realizado revisiones quinquenales y en 2009 entonces se pasó revista a lo que han sido los primeros quince años. En lo que toca a los temas vinculados a mujeres hay que decir que lo que se ha buscado es siempre aumentar su empoderamiento, siendo la cuestión de los derechos sexuales y reproductivos un tema presente de forma permanente. Si bien en El Cairo la expresión *género* no fue usada, en los desarrollos posteriores sí lo ha sido, lo cual no es más que el efecto producido por Beijing en 1995 y el nuevo lenguaje que introdujo en estas temáticas como explicaré luego. Así, mientras en el *Programa de Acción de la Conferencia Internacional* de 1994 se expresa en el párrafo 4.1 que “*es preciso que mujeres y hombres participen e intervengan por igual en la vida productiva y reproductiva, incluida la división de responsabilidades en cuanto a la crianza de los hijos y al mantenimiento del hogar*” en un documento de 2009 se indica que “*Cairo recognized not only that gender equality was essential to development, but also that it could only be achieved with the constructive engagement of men*”⁶³⁸, mostrando entonces como *género* es ahora el lenguaje usado en temas similares, siempre referido a la mujer y su situación frente al hombre⁶³⁹.

⁶³² Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 19.

⁶³³ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 21.

⁶³⁴ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 29.

⁶³⁵ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 14.

⁶³⁶ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 15.

⁶³⁷ Véase en el Capítulo 5° el tema “La *identidad de género* y la *orientación sexual* antes de Beijing”.

⁶³⁸ Véase el documento “Healthy Expectations. Celebrating Achievements of the Cairo Consensus and Highlighting the Urgency for Action”, p. 12. Disponible en: <http://www.unfpa.org/webdav/site/global/shared/documents/publications/2009/chartbook.pdf> (último acceso: 25 de marzo de 2010)

⁶³⁹ En estos logros fue clave y me atrevo a decir que decisivo el aporte del mundo de actores no estatales preocupados de terminar con las discriminaciones que padecen las mujeres, con el ejemplo emblemático de lo que fue la llamada “Campana Mundial por los Derechos Humanos de las Mujeres”, promovida antes de Viena 1993 desde el *Centro por el Liderazgo Global de las Mujeres* (*Center for Women's Global Leadership*) perteneciente a la Rutgers University de Estados Unidos, y que jugó un papel crucial en el reconocimiento y la comprensión de que los derechos de las mujeres son derechos humanos. Organizada básicamente a través de tribunales presentes en las conferencias mundiales de las Naciones Unidas, a través de los testimonios allí presentados, “el significado de los derechos humanos en las vidas de las mujeres adquirió una realidad tangible que ayudó a cristalizar este concepto en la mente de millones de hombres y mujeres de todo el mundo”. Bunch Ch, en Bunch, Ch., Hinojosa, C. y Reilly, N. (ed.), *Los derechos de las mujeres son derechos humanos. Crónica de una movilización mundial*, Traducción de Claudia Hinojosa, Edamex, México, 2000, Portada.

2.4.2. Resultados con la introducción de aportes desde los movimientos feministas. Las Conferencias Mundiales sobre Mujeres: de México a Beijing.

Además de lo que ha significado la CEDAW y otros antecedentes normativos que se han ido presentando en este capítulo, lo cierto es que los avances a favor de los derechos y de la mejora de la igualdad entre ambos *sexos* han corrido realmente un camino más efectivo por fuera de marcos vinculantes, a partir de una serie de acciones y estrategias promovidas desde distintos ámbitos de la institucionalidad de Naciones Unidas y que tiene dos manifestaciones bien concretas: los llamados Decenios para la Mujer y las Conferencias Mundiales sobre la Mujer. De hecho, si bien el antecedente normativo directo de la CEDAW es la Declaración citada en otros apartados, los impulsos para lograr el texto vinculante tomaron forma a partir de la proclamación que hace Naciones Unidas en 1975 del Año Internacional de la Mujer⁶⁴⁰ y la *Conferencia Internacional de la Mujer* que a ese efecto se celebra en México entre el 10 de junio y el 2 de julio de ese año.

De ahí en adelante vendrían varias conferencias especializadas sobre la mujer que, en paralelo a aquellas de vocación diversa como Río 1992, Viena 1993, El Cairo 1994 o aún Durbán 2001, irán generando espacios y abriendo temas con discusiones que involucraban directamente a sus protagonistas. Me refiero a México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, enmarcadas éstas en una perspectiva ligada al desarrollo, y Beijing 1995 y sus conferencias revisoras en 2000, 2005 y 2010, enmarcadas ahora en una visión diferente, que involucra mucho más el espíritu de las luchas feministas, como se verá más adelante.

La Conferencia Mundial sobre la Mujer de 1975 tendría como corolario la Declaración de la Década 1975-1985 como el Decenio de Naciones Unidas para las Mujeres, bajo el lema “Igualdad, Desarrollo y Paz”⁶⁴¹ lo que vendrá a marcar en el futuro todo el trabajo articulador a favor de las mujeres como centrado en el desarrollo y el rol que cabe a la mujer en este proceso común a toda la humanidad y que así, desligado de la cuestión de la particular identidad que cada mujer puede tener y sentir, ha conspirado a mi entender para que se pueda lograr un verdadero tránsito desde la concepción de mujer hasta la idea de *género* o hasta la consideración de las diferentes *orientaciones sexuales* que pueden interesar a una mujer para sus relaciones estrictamente íntimas y cómo se vivencian éstas en sociedad y en los diferentes planos como la familia, el trabajo, la educación, la política, etc.

En lo normativo, fruto de esta conferencia mundial se adoptó el documento *Plan de Acción Mundial para el Desarrollo de la Mujer* que establecía una serie de estrategias de acción de nivel nacional e internacional para promover justamente esa igualdad, desarrollo y paz desde la condición necesaria de mejora de la mujer en áreas como el igual acceso a la educación, al trabajo, el

⁶⁴⁰ En el mismo año 1975 se decidió por Naciones Unidas instituir el día 8 de marzo como el Día Internacional de la Mujer.

⁶⁴¹ Por la Resolución 3520 (XXX), de 15 de diciembre de 1975, la Asamblea General tomó nota del Informe de la Conferencia mexicana y proclamó la década de 1976 a 1985 como Decenio de las Naciones Unidas para la mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz.

reconocimiento del valor económico del trabajo femenino, su participación en la vida pública, en el acceso a los servicios de salud, la igualdad ante la ley, entre otros aspectos. Además se instó a la pronta finalización de los trabajos para lo que sería luego la CEDAW. En el plano institucional dio pie el nacimiento del *Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer* (INSTRAW, por su sigla en inglés, *International Research and Training Institute for the Advancement of Women*) y a un *Fondo para proyectos de mujeres de países en desarrollo* (UNIFEM, por su sigla en inglés *United Nations Development Fund for Women*). El primero ha sido un instituto dedicado a la investigación sobre avance y desarrollo de la condición de la mujer que funciona desde 1983 en República Dominicana, a partir de la recomendación del ECOSOC de hacerlo en un país en desarrollo y cuya importancia se consolidó en el último tiempo, en el marco de su contribución a las estrategias para el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio⁶⁴². Su labor se ha enfocado en trabajar hacia la igualdad de géneros y el aumento del empoderamiento de la mujer, lo que ha llevado adelante a través de múltiples estrategias que se han desenvuelto en torno a diversos temas⁶⁴³. El segundo en tanto ha proveído financiamiento y asistencia técnica a programas innovadores y estrategias para fomentar el empoderamiento de la mujer y la igualdad de género⁶⁴⁴, siendo ambos hasta el primer semestre del año 2010 institucionalidades claves en lo que han sido avances a favor de las mujeres aunque destinados a fusionarse en la nueva institucionalidad que será la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad entre los Géneros y el Empoderamiento de la Mujer, que se conoce como ONU-Mujeres⁶⁴⁵.

La segunda *Conferencia Internacional de la Mujer* es la que se celebra en Copenhague, entre el 14 y el 30 de julio de 1980, a la mitad del Decenio fijado por las Naciones Unidas estando marcada por una fuerte polémica a partir de la condición de las mujeres palestinas y su opresión por parte de Israel y otras fracturas que se reflejaron incluso en el Foro alternativo de las ONG's⁶⁴⁶.

⁶⁴² ECOSOC 2007/37, de 27 de julio de 2007 en Doc. NU E/2007/INF/2/Add.1

⁶⁴³ En el último tiempo el INSTRAW ha trabajado en tres áreas definidas que dicen relación con los temas fijados en Beijing en 1995: 1) género, paz y seguridad; 2) género, migración y desarrollo; y 3) género y gobernabilidad y participación política de las mujeres. En esas líneas articula investigación con el fortalecimiento de la capacidad y la gestión del conocimiento. Véase mayor información en el sitio oficial <http://www.un-instraw.org/en> (último acceso: 26 de marzo de 2010)

⁶⁴⁴ Véase mayor información en el sitio oficial <http://www.unifem.org/> (último acceso: 26 de marzo de 2010)

⁶⁴⁵ El 2 de julio de 2010 y enmarcado en el proceso de reforma de Naciones Unidas se ha creado por la Resolución A/RES/64/289 de la Asamblea General - y en buena medida a instancia del Secretario General - la nueva Oficina de Naciones Unidas para la Mujer, conocida también como ONU Mujeres (UN Women, por su sigla en inglés *United Nations Entity for Gender Equality and Empowerment of Women*). Lo que se ha buscado es fusionar y seguir adelante el trabajo de los que son han sido los cuatro entes importantes dentro del sistema de Naciones Unidas: INSTRAW, UNIFEM, la División para el Adelanto de la Mujer (DAW, por su sigla en inglés *Division for the Advancement of Women*) y la OSAGI (por su sigla en inglés, *Office of the Special Adviser on Gender Issues and Advancement for Women*) con el ánimo de dar mayor coherencia al sistema. En términos generales se puede decir que sus funciones serán dar apoyo a las entidades intergubernamentales como la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer en su formulación de políticas, estándares y normas universales; dar asistencia a los estados miembros para implementar esos estándares, proporcionando cuando sea necesario el apoyo técnico y financiero adecuado para ayudar a los países que lo soliciten así como para establecer alianzas eficaces con la sociedad civil; y hacer que el sistema de la ONU rinda cuenta de sus compromisos en materia de igualdad de género, incluyendo el monitoreo continuo de los progresos dentro del sistema. La Resolución establece también la creación de una Junta Ejecutiva como órgano rector de la Entidad para que proporcione apoyo intergubernamental a sus actividades operacionales y las supervise, la cual que estará integrada por 41 estados miembros. Esta nueva agencia del sistema de Naciones Unidas empezó a funcionar el 1 de enero de 2011 y está a cargo como Directora Ejecutiva y Secretaria General Adjunta de la ex Presidenta de Chile, doña Michelle Bachelet Jeria, designada en tal cargo el 14 de septiembre de 2010, quien estará bajo las órdenes del Secretario General. Mayor información disponible en el sitio oficial de UN Women: <http://www.unwomen.org/> (último acceso: 1 de enero de 2011)

⁶⁴⁶ "Comienza en Copenhague la Conferencia Mundial de la Mujer, organizada por la ONU. Conflictos por la presencia de la dirigente palestina Laila Jaleel... Los observadores presentes en la conferencia mundial de las Mujeres opinaban días atrás que la

En Copenhague empieza la reflexión sobre el cumplimiento de los objetivos fijados en México, considerando además que sólo un año antes se había adoptado la CEDAW, descubriéndose la brecha entre el discurso formal y la realidad. Así, se empieza acá a hablar de igualdad no sólo desde el punto de vista jurídico sino desde el punto de vista de la efectividad y lo que toca a la participación de las mujeres y la igualdad de oportunidades reales entre ellas y los varones. En esa línea se marcaron tres esferas principales de actuación: la igualdad en el acceso a la educación, la igualdad de oportunidades en el empleo y la atención a la salud de las mujeres. El documento final de este encuentro contenía un programa de acción que contemplaba las causas que generaban la brecha entre la igualdad formalmente reconocida y la posibilidad de las mujeres de ejercerla realmente, y se llamó la atención sobre la falta de implicación y participación de los hombres en el proceso de igualdad, una voluntad política insuficiente por parte de los estados, la falta de reconocimiento de la contribución de las mujeres en la sociedad, la falta de mujeres en los puestos de toma de decisiones, la escasez de servicios sociales de apoyo, la falta de financiación y la poca sensibilización entre las propias mujeres. En la búsqueda de solución a estos problemas se puso énfasis en poner fin a la visión estereotipada de hombres y mujeres, garantizando el derecho de éstas a la propiedad, al control de los bienes y a los hijos⁶⁴⁷.

Pese al incansable trabajo de feministas provenientes de diversos mundos, al finalizar el primer decenio el panorama no era bueno para los logros de México y Copenhague, dando lugar a que se convocara a la *Conferencia Mundial para el Examen y Evaluación de los Logros del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer*, que vendría a estimarse como la tercera conferencia a favor de la mujer y que es conocida como la *Conferencia de Nairobi*, por el lugar en que se llevó a cabo entre el 15 al 26 de julio de 1985. En ella participaron 157 estados y para su desarrollo se celebraron conferencias regionales de carácter preparatorio en las que comenzó a acuñarse de facto la idea de la *transversalidad (mainstreaming)* para el trabajo a favor de la mujer, concepto que recogerá luego Beijing, destacando por primera vez una tan masiva participación de actores no estatales a través del llamado Foro paralelo de las ONG's, superando con creces el número de ellos reunidos en Copenhague y la diversidad lograda, cuestión a la que iré enseguida.

El resultado instrumental de Nairobi fue el documento *Estrategias futuras para el avance de las mujeres*⁶⁴⁸, adoptado por consenso y a partir del cual se produjo un reemplazo desde la idea de la mujer como beneficiaria del desarrollo a una aproximación basada en que las metas de igualdad, desarrollo y paz sólo se pueden lograr si la mujer tiene una participación equitativa en el desarrollo.

situación de las mujeres palestinas sería uno de los puntos más espinosos de las reuniones, a juzgar por los altercados producidos en las últimas jornadas entre partidarios de los puntos de vista israelí y árabe". El País (España), 15 de julio de 1980. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/WALDHEIM/KURT/AUSTRIA/ONU/ORGANIZACION_DE_LAS_NACIONES_UNIDAS/ONU/Comienzo/Copenhague/Conferencia/Mundial/Mujer/organizada/ONU/elpepisoc/19800715elpepisoc_1/Tes/ (último acceso: 28 de marzo de 2010)

⁶⁴⁷ Informe de la Conferencia Mundial del Decenio de las Naciones Unidas para la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, Copenhague, 14 a 30 de junio de 1980. Doc. NU A/CONF.94/35. Por la Resolución 35/136, de 11 de diciembre de 1980, la Asamblea General tomó nota del Informe de la Conferencia danesa.

⁶⁴⁸ Nairobi Forward-Looking Strategies for the Advancement of Women. Report of the World Conference to Review and Appraise the Achievements of the United Nations Decade for Women: Equality, Development and Peace, Nairobi, 15-26 July 1985. Doc. NU A/CONF.116/28/Rev.

En otras palabras, se pasó a entender que es una necesidad de las sociedades contar la participación de las mujeres y no sólo un derecho legítimo de éstas, estimándose que esos tres objetivos de la década - igualdad, desarrollo y paz - están estrechamente ligados con tres sub temas: el empleo, la salud y la educación⁶⁴⁹.

Cada sección contiene innovadores desarrollos sobre la lógica de incorporar cada una a su vez tres apartados; sobre obstáculos, sobre estrategias básicas para superarlos y sobre medidas para aplicar las estrategias básicas a nivel nacional. En lo que toca a la igualdad, se conceptualiza en la lógica de que es un objetivo y un medio en virtud del cual los individuos reciben igual trato ante la ley y tienen iguales oportunidades para ejercer sus derechos y desarrollar sus actitudes y condiciones potenciales, con el fin de participar en el desarrollo político, económico, social y cultural del país en que viven y beneficiarse de sus resultados y, para la mujer específicamente, la igualdad significa obtener derechos que le han sido negados como resultado de la discriminación a nivel cultural, institucional, de la conducta y de las actitudes de que ha sido objeto⁶⁵⁰. El desarrollo en tanto se define como desarrollo en todos los niveles: político, económico, social y cultural, así como de otros aspectos de la vida humana, aprovechamiento de los recursos económicos y otros recursos materiales, y también perfeccionamiento físico, moral, intelectual y cultural del ser humano⁶⁵¹. Sobre la paz se construye una visión de ella que entiende que no sólo es la ausencia de guerra, violencia y hostilidades a nivel nacional e internacional, sino también el disfrute de condiciones de justicia social y económica, igualdad, así como de la gama de derechos humanos y libertades fundamentales en la sociedad, agregando también que sólo se alcanza eliminando toda forma de violencia contra las mujeres y haciéndolas participar activamente en los procesos de adopción de decisiones relativas a la paz⁶⁵².

Ahora bien, más allá de los logros de pretensión normativa e institucional que han quedado de estas conferencias es importante volver a destacar la relevancia de la acción no estatal en estas primeras conferencias lo que como he dicho tuvo su real despegue en Nairobi. En esa línea un espacio importante tuvo la iniciativa DAWN, *Development Alternatives with Women for a New Era*, que consistió en que un grupo de veintidós investigadores y activistas de países en desarrollo se organizaron para analizar la condición de la mujer en el medio de lo que fueron los debates sobre el crecimiento y el nuevo orden económico mundial de los años ochenta. El trabajo del DAWN particularmente con su Informe *Development, Crises and Alternative Visions: Third World Women's Perspectives* puso el énfasis en dejar atrás la clásica visión de la oposición entre hombre y mujer y entender que existen una diversidad de feminismos, que responden a sus vez a las diferentes realidades que enfrentan las mujeres y que por tanto hay que buscar un nuevo modelo de desarrollo, basado en las personas y especialmente en las mujeres, dando paso a la creación de

⁶⁴⁹ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 15.

⁶⁵⁰ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 11.

⁶⁵¹ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 12.

⁶⁵² Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafos 13, 238, 258.

grupos organizados de mujeres en distintos niveles regionales. Así surgieron entonces el *Asian Pacific Forum on Women, Law and Development* (APWLD), el *Women in Law and Development in Africa* (WILDAF) y el *Comité de América Latina y el Caribe para la Defensa de los Derechos de la Mujer* (CLADEM)⁶⁵³. En la misma línea, la “Campaña Mundial por los Derechos Humanos de las Mujeres”, desde el mundo académico y civil jugó un papel crucial en el reconocimiento y la comprensión de que los derechos de las mujeres son derechos humanos⁶⁵⁴.

Ahora bien, en este camino de las Conferencias caracterizado por la inclusión de los planteamientos feministas un punto de inflexión lo marca el año 1995 en que tiene lugar la *Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres*, en Pekín, China, entre el 4 y el 15 de septiembre, celebrada allí al aceptarse la idea de llevarla adelante en un país en que antes no había tenido lugar ningún encuentro a favor de las mujeres⁶⁵⁵. Hasta la fecha ha sido el esfuerzo para la mujer que mayor trabajo en común ha demandado a la sociedad internacional. Desde 1992 empezó la preparación a nivel mundial llegando a prepararse 170 planes de acción nacional con miras en Beijing y celebrándose cinco reuniones regionales preparatorias⁶⁵⁶. Además de reunir a delegados de 189 países, congregó un número sin precedentes de representantes de organizaciones no gubernamentales preocupadas de la condición de la mujer, reuniendo también a representantes de las cinco comisiones regionales del ECOSOC, quince órganos y programas de las Naciones Unidas, doce organismos especializados y organizaciones relacionadas, y veintiséis organizaciones internacionales, siendo así la primera vez que una conferencia internacional congregaba esa clase de participantes, especialmente relevantes por su número pero también por su diversidad.

También en el marco de Beijing la participación y los trabajos del Foro de las Organizaciones No Gubernamentales celebrado entre el 30 de agosto y el 8 de septiembre fue decisivo. Bajo el lema: “Viviendo el mundo a través de los ojos de la mujer” se celebraron cerca de tres mil trescientas sesiones, incluyendo paneles, talleres y actividades culturales, además de los plenarios. Este trabajo se hizo girar sobre la base de doce sub temas enmarcados en la trilogía “igualdad, desarrollo y paz”: economía, gobernabilidad y políticas, derechos humanos, paz y seguridad humanas, educación, salud, medio ambiente, espiritualidad y religión, ciencia y tecnología, medios de comunicación, arte y cultura, etnicidad y juventud. La diferencia entre el Norte y el Sur y su apuesta por los derechos civiles y políticos el primero y por los económicos,

⁶⁵³ Mayores antecedentes sobre el desarrollo del Foro de Organizaciones No Gubernamentales en Nairobi véase en Rodríguez Manzano, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz* (cit.) pp. 154-158.

⁶⁵⁴ Bunch Ch, Frost, S. y Reilly, N. “Las redes internacionales y la traducción de las dimensiones globales a las esferas locales (a modo de introducción)” en Bunch, Ch., Hinojosa, C. y Reilly, N. (ed.), *Los derechos de las mujeres son derechos humanos. Crónica de una movilización mundial*, Traducción de Claudia Hinojosa, Edamex, México, 2000.

⁶⁵⁵ Doc. NU A/RES/45/129, de 14 de diciembre de 1990, párrafos 9 y 10.

⁶⁵⁶ Estas reuniones regionales se celebraron en Jakarta (Indonesia) para región de Asia Pacífico entre el 7 al 14 de junio de 1994, adoptándose la *Declaración de Jakarta y el Plan de Acción para el Adelanto de la Mujer en Asia y el Pacífico* (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.1); Mar del Plata (Argentina) para la región de América Latina y el Caribe entre el 20 al 24 de septiembre de 1994, aprobándose el *Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe 1995-2001* (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.3); en Dakar (Senegal) para la zona africana entre el 12 al 15 de noviembre de 1994, aprobando la *Plataforma de Dakar* (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.2); en Amman (Jordania) para la región de Asia occidental entre el 13 al 15 de octubre de 1994 adoptando el *Plan de Acción Árabe para el Progreso de la Mujer* (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.5); y en Viena (Austria) entre el 17 al 21 de octubre de 1994 para la zona europea, aprobándose la *Plataforma de Acción Regional* (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.4)

sociales y culturales el segundo, quedó patente en esta instancia que pese a ello logró llevar varias de sus ideas al documento final de la Conferencia oficial⁶⁵⁷.

Si bien las tres conferencias primeras enfocadas en la mujer ayudaron, de ellas como dice una autora fue posible obtener tres lecciones que serían revisadas y desarrolladas en la cuarta conferencia. En primer lugar, las medidas para las mujeres no pueden adoptarse en forma aislada a una estrategia general de desarrollo pues redundan en un pequeño progreso para las mujeres; segundo, el desarrollo legislativo no será realmente efectivo si no va acompañado por lo menos de los pasos necesarios para cambiar las actitudes y prejuicios; y tercero, son necesarias medidas especiales para que las mujeres gocen de igualdad y aprovechen las oportunidades del desarrollo⁶⁵⁸.

De esta cuarta conferencia surgiría la llamada *Declaración de Pekín* o *Declaración de Beijing* y la *Plataforma de Acción* que centra el tema en doce ámbitos especialmente problemáticos y respecto de los cuales se fijan objetivos y medidas, todos los cuales persiguen que la igualdad se extienda a la mayor cantidad de facetas de la vida: pobreza; educación y capacitación; salud; violencia contra la mujer; conflictos armados; economía; participación en el poder y toma de decisiones; mecanismos institucionales; derechos humanos; medios de comunicación; medio ambiente; y derechos de las niñas, avanzando realmente en el marco del enfoque tripartito “igualdad, desarrollo y paz” a este de carácter más amplio y consecuente con el movimiento desde el sólo *sexo* a la idea de *género* que vino a tomar fuerza en esta instancia internacional.

Un aspecto simbólico de Beijing es que usó la expresión “derechos humanos de las mujeres” y no “derechos sexuales de las mujeres” como querían buena parte de los grupos asistentes de corte feminista con lo que parece que otra vez se tiende a asociar sexualidad con reproducción y que es coherente con el hecho de que uno de los temas más conflictivos fue la situación de la mujer y sus derechos sexuales y reproductivos y la cuestión de las reclamaciones desde el mundo lésbico, tema éste al que me referiré en el capítulo 5⁶⁵⁹.

Por la importancia de esta Conferencia y todo lo que aún falta por andar, se han realizado sendos trabajos de revisión de sus logros cada cinco años.

El primero de estos procesos (Pekín + 5) se llevó a cabo en el año 2000, tuvo también sus regionales preparatorias⁶⁶⁰ y terminó con la adopción de un Documento final en el 23 período de sesiones extraordinario de la Asamblea General titulado *La mujer en el año 2000: igualdad entre*

⁶⁵⁷ Un resultado de este proceso de activismo fue la creación de la llamada “Huairou Commission: Women, Homes and Community”, conocida como Comisión Huairou que integra en su Red a la Federación de Mujeres Municipalista de América Latina y el Caribe; a GROOTS International; a HIC-WAS Africa; a HIC Red Mujer y Hábitat de América Latina; al Information Center of the Independent Women’s Forum; al International Council of Women; a Women in Cities International; y a Women and Peace Network, y que surgió justamente tras el trabajo no gubernamental que se gestó en el marco de la Conferencia de Beijing y que desde el año 2005 goza de estatus consultivo ante el ECOSOC según información oficial disponible en <http://www.un.org/esa/coordination/ngo/> (último acceso: 21 de abril de 2010). Antecedentes sobre lo que ha sido el trabajo coordinado en muchos casos con programas y agencias de NU se puede revisar en su sitio oficial <http://www.huairou.org/index.html> (último acceso: 21 de abril de 2010).

⁶⁵⁸ Brautigam, C. “International Human Right Law: The Relevance of Gender”, en Benedek, W., Kisaakye E. and Oberleitner, G. (Edited by), *Human Rights of Women. International Instrument and African experiences* (cit.).

⁶⁵⁹ Véase en el Capítulo 5° el tema: “La identidad de género y la orientación sexual en Beijing y desarrollos posteriores”.

⁶⁶⁰ En esta oportunidad estas reuniones regionales se celebraron durante 1999 en Lima (Perú) para la región de América Latina y el Caribe; en Addis Abbeba (Etiopía) para la zona africana; en Bangkok (Tailandia) para región de Asia Pacífico; en Beirut (Líbano) para la región de Asia occidental; y en Ginebra (Suiza) para la zona europea.

*los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI*⁶⁶¹ en que existe un compromiso por seguir avanzando en el cumplimiento de las metas de Beijing y por incorporar la *perspectiva de género* en todas las políticas y programas. Se puso énfasis en los avances desde los años setenta pero constatando que la violencia y la pobreza continúan siendo los mayores obstáculos para la igualdad. El segundo (Pekín + 10) se llevó a cabo en la sede de Naciones Unidas en Nueva York, en marzo del año 2005 y trajo al debate un gran tema que hoy por hoy sigue en el centro de la reivindicación igualitaria de las mujeres: el aborto, en el marco de lo que se estimó como el análisis de *Retos actuales y estrategias orientadas hacia el futuro para el adelanto y la potenciación de la mujer y la niña*. Para el mes de marzo del año 2010 se previó Pekín + 15, ocasión en que se volvió a considerar el trabajo particular en el tema de las comisiones regionales de las Naciones Unidas que realizaron un examen y evaluación de los progresos alcanzados en la aplicación de la *Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing*. Las comisiones regionales colaboraron con la División para el Adelanto de la Mujer del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales en este proceso, abarcando ahora el examen y evaluación de los progresos alcanzados en el quinquenio comprendido entre 2004 y el final de 2009. Se trató de determinar los logros alcanzados y las deficiencias y problemas encontrados y proporcionar una indicación de las esferas en que es más urgente aplicar medidas e iniciativas para proseguir la labor de aplicación. Es interesante apuntar que en este examen y evaluación se recurrió a una diversidad de fuentes de información y estadísticas, incluidos los informes presentados por los Estados partes en virtud de la CEDAW, información acumulada en el ámbito de la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer, planes regionales de acción e informes nacionales a los órganos regionales, así como las conclusiones de reuniones de grupos de expertos y demás actividades a nivel regional⁶⁶².

De Pekín han surgido claramente tres conceptos nuevos hasta esa fecha: *género*, *transversalidad (mainstreaming)* y el *empoderamiento (empowerment)*, todos los cuales van a ser claves para las luchas que en los últimos años se han venido dando a favor de una apertura en la protección internacional de la sexualidad y en tal sentido la *Plataforma de Acción* es considerada mayoritariamente como un hito en la lucha a favor de la igualdad de *sexos* y *géneros*, aunque nos estemos moviendo en el ámbito del *soft law* y tenga varias imprecisiones que iré reflejando en lo que desarrollaré de acá en adelante.

Para partir, hay que ser justos en que el *género* es definido de forma vaga, imprecisión que de alguna manera se ha mantenido hasta hoy en términos que si se miran diversos instrumentos surgidos en el seno de varios órganos del sistema de Naciones Unidas es posible encontrar distintos enfoques, algunos de los cuales centran más el tema en diferenciar *sexo* de *género* mientras que

⁶⁶¹ Doc. NU A/55/341.

⁶⁶² Entre otras fuentes de información que se han usado figuran las evaluaciones comunes para los países y los Marcos de Asistencia de las Naciones Unidas para el Desarrollo (MANUD), los documentos de estrategia de lucha contra la pobreza (DELP), los informes nacionales sobre el desarrollo humano y los informes sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

otros derechamente los hacen sinónimos, dando a la idea de *género* un contenido estático, ligado a lo biológico de la sexualidad.

El consentimiento para incluirlo en la Plataforma sólo se dio además cuando hubo acuerdo entre los estados en que el Presidente de la Conferencia haría una declaración indicando que la palabra *género* se usaría en el documento en su sentido y uso general. Lo que se estableció en este sentido fue que “...1) *the word gender had been commonly used and understood in its ordinary, generally accepted usage in numerous other United Nations forums and conferences*; 2) *there was no indication that any new meaning or connotation of the term, different from accepted prior usage, was intended in the Platform for Action*”, acorde con ello se reafirmó que la expresión *género* que se usa en la Plataforma “*was intended to be interpreted and understood as it was in ordinary, generally accepted usage*”⁶⁶³. Esta vaguedad en todo caso no ha sido resaltada de manera uniforme por la doctrina y ciertamente sería la definición de *género* que se contiene en el *Estatuto de Roma* la que traería nuevamente a discusión el tema de su definición en el Derecho Internacional, especialmente a nivel de doctrina, cuestión sobre la que volveré luego⁶⁶⁴.

Ahora bien, pese a las imprecisiones y a que falta mucho para lograr avances en ámbitos reales de la vida de tantas mujeres hay que hacer justicia que desde Beijing el lenguaje de la *transversalidad de género* (*gender mainstreaming*) entendida en clave de la búsqueda de una verdadera mejora en la situación de las mujeres y su igualdad con los hombres, se ha incorporado en buena parte de los cuerpos y órganos de la ONU, como por ejemplo, la OMS⁶⁶⁵, el PNUD⁶⁶⁶, la UNESCO⁶⁶⁷, la FAO⁶⁶⁸, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional⁶⁶⁹ o la OIT⁶⁷⁰, como

⁶⁶³ Report of the informal Contact Group of Gender. Annex Statement by the President on the Conference on the commonly understood meaning of the term “gender”. Doc. A/CONF.177/L.2, párrafos 1 y 2.

⁶⁶⁴ Véase en este Capítulo el tema: “La Discriminación de mujeres en otros ámbitos del Derecho Internacional. Conflictos, Paz y Seguridad Internacional”.

⁶⁶⁵ Véase el documento “Estrategia para incorporar el análisis y las acciones de género en las actividades de la OMS” de 2009. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243597706_spa_Text.pdf (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁶⁶⁶ Desde el Informe de Desarrollo Humano de 1995 se incorporaron en las estadísticas con que trabaja el PNUD al Índice de Desarrollo Ajustado por Género (IDG) y el Índice de Potenciación de Género (IPG) como dos mediciones para destacar la situación de las mujeres. El primer índice, IDG, mide el progreso con las mismas variables básicas que el Índice de Desarrollo Humano (IDH), pero refleja las desigualdades en términos de progreso entre mujeres y hombres. La metodología utilizada penaliza la desigualdad, de manera tal que el IDG disminuye cuando descienden los niveles de progreso tanto de mujeres como de hombres a nivel nacional o cuando aumentan las disparidades en el progreso. Cuanto mayores son las diferencias entre las capacidades básicas, tanto menor es el IDG de un país en comparación con su IDH. El IDG es simplemente el IDH actualizado o ajustado para reflejar las desigualdades basadas en el género. La segunda medida, IPG, es una medida de acción. Evalúa el progreso de las mujeres en su participación en foros políticos y económicos. Analiza hasta qué punto las mujeres y los hombres tienen la posibilidad de participar activamente en la vida política y económica y en la toma de decisiones. Mientras que el IDG se concentra en la ampliación de las capacidades, el IPG se refiere al uso de esas capacidades para aprovechar las oportunidades de la vida. Las dos medidas se han utilizado como herramientas de difusión y de supervisión para el análisis del desarrollo humano y los debates sobre políticas relacionados con el género. En el IDH 2009 se aplicaron las metodologías del IDG y del IPG a nivel mundial para calificar a 155 países por IDG y a 109 países por IPG. También es posible aplicar las mismas metodologías en el ámbito nacional y en el subnacional, mediante IDG e IPG desagregados. Así, es posible comparar diferencias entre regiones, grupos étnicos, grupos etarios, etc. Además, es posible utilizar la metodología del IDG y del IPG para evaluar desigualdades no sólo entre hombres y mujeres, sino también entre otros grupos tales como ricos y pobres, jóvenes y ancianos, etc. Fuente: http://hdr.undp.org/es/estadisticas/indices/idg_ipg/ (último acceso: 21 de mayo de 2010) Importante resulta consignar también que en su trabajo en los niveles nacionales la situación de la mujer ha ganado su propio espacio. Ejemplo reciente es el Informe de Desarrollo Humano en Chile 2010, lanzado oficialmente el 14 de mayo de 2010, que justamente se titula *Género: Los Desafíos de la Igualdad*. Mayores antecedentes se encuentran disponibles en: <http://www.desarrollohumano.cl/> (último acceso: 21 de mayo de 2010)

⁶⁶⁷ Véanse el Programa Mujeres y Cultura de la Paz, o la División para la Igualdad de Género, ambos de la UNESCO, que han tomado el compromiso adoptado en Beijing en el año 1995 en relación a incorporar la perspectiva de género en todo su actuar de manera transversal, trabajando de manera coordinada con el Comité encargado de la supervisión de la CEDAW y otras agencias u órganos del sistema de Naciones Unidas. Disponible en: http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=3160&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (último acceso: 13 de septiembre de 2009)

por supuesto en los Comités de vigilancia de los principales tratados de derechos humanos⁶⁷¹ y el actual Consejo de Derechos Humanos⁶⁷², además de permear en otros mundos internacionales institucionalizados como en el Consejo de Europa⁶⁷³, la Unión Europea⁶⁷⁴ o en la OCDE⁶⁷⁵, y

⁶⁶⁸ Véase el documento “Plan de Acción sobre Género y Desarrollo”, adoptado en el 34 período de sesiones en Roma, en noviembre de 2007 y para el período 2008-2013. Disponible en: <http://ftp.fao.org/docrep/fao/meeting/012/k0721s.pdf> (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁶⁶⁹ Véase el documento “Gender Guide to World Bank and IMF Policy-Based Lending” de 2006. Disponible en: <http://www.genderaction.org/images/Gender%20Guide%20032007.pdf> (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁶⁷⁰ Véase el documento Informe VI “La Igualdad de género como eje del Trabajo Decente”, Oficina Internacional del Trabajo Ginebra, 98°. Reunión, junio de 2009. Disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/-relconf/documents/meetingdocument/wcms_106175.pdf (último acceso: 2 de septiembre de 2009) También hay que decir que la OIT, a través de sus respectivos órganos y/o agencias, programas u oficinas, por ejemplo, a través de la Comisión de Expertos encargados de la supervisión de las convenciones y recomendaciones, o la Oficina para la Igualdad de Género, ha tomado el compromiso adoptado de incorporación de la perspectiva de género en todo su actuar de manera transversal, trabajando de manera coordinada con otras agencias u órganos del sistema de Naciones Unidas. Véase <http://www.ilo.org/gender/Aboutus/lang--en/index.htm> (último acceso: 13 de septiembre de 2009)

⁶⁷¹ La Observación General N° 25, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, adoptada en el 56 período de sesiones de 20 de marzo del año 2000, referida justamente a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género toma nota de que la discriminación racial no siempre afecta a las mujeres y a los hombres en igual medida ni de la misma manera. Entre otras medidas el Comité señala que intentará tener en cuenta en su labor los factores genéricos o las cuestiones que puedan estar relacionadas con la discriminación racial; pretende aumentar sus esfuerzos para integrar las perspectivas de género, incorporar análisis basados en el género y alentar la utilización de un lenguaje no sexista en sus métodos de trabajo durante el período de sesiones, comprensivos de su examen de los informes presentados por los Estados Partes, las observaciones finales, los mecanismos de alerta temprana y los procedimientos de urgencia, y las recomendaciones generales, y solicita a los Estados Partes que describan, en la medida de lo posible en términos cuantitativos y cualitativos, los factores y las dificultades que se encuentran a la hora de asegurar que las mujeres disfruten en pie de igualdad y libres de discriminación racial los derechos protegidos por la Convención. Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.7

⁶⁷² Ejemplo está en la debida atención que se debe prestar al equilibrio de género en el nombramiento de los titulares de los procedimientos especiales y de los integrantes de su Comité Asesor; y al incorporar la *perspectiva de género* entre los principios que forman el marco para su programa de trabajo. Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos, sobre Construcción Institucional del Consejo de Derechos Humanos, de 18 de junio de 2007, párrafos 40, 72, y Parte V, letra a, respectivamente. Haciéndose eco de esto, en sesión de 14 de diciembre de 2007 se aprobó la Resolución 6/30, sobre Integración de los derechos humanos de la mujer en todo el Sistema de Naciones Unidas que reafirma los desarrollos instrumentales que se han referido al tema, y mantiene y refuerza la idea de la incorporación de la perspectiva de género como metodología de trabajo en ONU y en todos sus procedimientos, haciéndolo extensivo también a los órganos de vigilancia de los tratados y llamando a la cooperación en la materia. Como surge ya de la sola lectura del nombre de esta Resolución, si bien el Consejo habla de “perspectiva de género” ésta resulta asociada inmediatamente con la condición de la mujer.

⁶⁷³ El tema arranca con la Recomendación No. R (98) 14 del Comité de Ministros del Consejo de Europa “Gender Mainstreaming”, adoptada el 7 de Octubre de 1998. De ahí en adelante el tema ha sido incorporado en las esferas de trabajo en torno a derechos humanos. Prueba de ello son por ejemplo la Recomendación CM/Rec (2007)13 del Comité de Ministros “...on gender mainstreaming in education”, adoptada el 10 de octubre de 2007; y la Recomendación del Consejo de Ministros CM/Rec (2008)1 “...on the inclusion of gender differences in health policy”, adoptada el 30 de enero de 2008. En la 119ª. sesión del Comité de Ministros que tuvo lugar en Madrid en mayo de 2009, se adoptó la Declaración “*Making gender equality a reality*” en que se constata la brecha que aún existe entre hombres y mujeres en múltiples planos y niveles, y se establecen una serie de pasos a seguir para conseguir que la igualdad sea una realidad tales como identificar las causas estructurales de la discriminación que afecta a las mujeres, eliminar los estereotipos que atentan contra la igualdad y crear las condiciones para una vida segura tanto en la esfera pública o como privada, previniendo y combatiendo toda forma de violencia contra la mujer. A partir de esta Declaración, en mayo de 2010 la Conferencia de Ministros Responsables de la Igualdad entre Mujeres y Hombres adoptó la Resolución “*Bridging the gap between de jure and de facto equality to achieve real gender equality*” de la mano de un Plan de Acción del cual me parecen destacables puntos la incorporación de la participación del hombre en el proceso de igualdad; la importancia que se atribuye al combate contra los estereotipos en los medios y en la educación; y sin duda la inclusión expresa de las lesbianas y mujeres transgéneros como mujeres especialmente vulnerables por tales razones.

⁶⁷⁴ Véase la “Declaración de Atenas”, de 1992, adoptada en la Cumbre Europea “Mujeres en el poder”, celebrada en Atenas, Grecia, el 3 de noviembre de 1992; también la Resolución del Parlamento Europeo sobre el futuro de la Estrategia de Lisboa desde la perspectiva de género (2004/2219(INI)) P6_TA-PROV(2006)0029 A6-0402/2005 en que se dice expresamente que se tienen en vista la Declaración de Pekín y la Plataforma de Acción adoptadas en esta ciudad el 15 de septiembre de 1995 por la 4ª Conferencia Mundial sobre la Mujer: Igualdad, Desarrollo y Paz, y sus Resoluciones de 21 de septiembre de 1995 sobre la misma cuestión y de 18 de mayo de 2000 sobre el seguimiento de la Plataforma de Acción de Pekín y en que considerando la importante función de su Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género por lo que respecta a la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres y la integración de la perspectiva de género en la realización de los objetivos de Lisboa, en el párrafo 7 “*Aboga por una mejor coordinación entre la política de enfoque integrado de la igualdad de las mujeres y los hombres y la Estrategia de Lisboa, para tener en cuenta sistemáticamente la perspectiva de género en la realización de los ambiciosos objetivos de Lisboa, en particular en las “grandes orientaciones de las políticas económicas”, en las “líneas directrices para el empleo”, en la política medioambiental y en la política del mercado interior*”; o más recientemente, la creación del Instituto Europeo de la Igualdad de Género a partir del Reglamento (CE) No. 1922/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006. El Tratado de Lisboa en tanto, firmado el 13 de diciembre de 2007, refuerza la idea de la no discriminación y la igualdad entre hombres y mujeres como pilares de la Unión Europea en materia de derechos humanos.

también en las conferencias internacionales que han venido luego, como ha sido el caso de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las Formas conexas de intolerancia celebrada en Durban, Sudáfrica, entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2001⁶⁷⁶, aún cuando como he dicho es fácil constatar que falta una visión uniforme y clara sobre lo que supone en verdad el concepto de *género*, lo que se prueba justamente en que por ejemplo en Durban se le dio a *género* un significado específico para los fines de la *Declaración y Plan de Acción* que surgió de dicho encuentro estableciendo que queda entendido que el término *género* se refiere a ambos *sexos*, *varón* y *mujer*, en el contexto de la sociedad, sin que indique ningún otro significado distinto del expuesto⁶⁷⁷.

Consciente de esto y reconociendo el hecho de que todavía no se había incorporado plenamente la *perspectiva de género* en las actividades de las Naciones Unidas, el Consejo Económico y Social decidió promover una política coordinada y coherente de incorporación de esa perspectiva aclarando más a fondo el concepto y los principios fundamentales asociados con él, así como dirigiendo recomendaciones concretas a todas las organizaciones del sistema de las Naciones Unidas. Para tal fin el 9 de julio de 1997, el Consejo organizó una mesa redonda sobre la incorporación de la *perspectiva de género* en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas y para facilitar la uniformidad en este tema definió en qué consistía la transversalización o incorporación de la *perspectiva de género*, entendiéndola en los siguientes términos: “*es el proceso de evaluación de las consecuencias para las mujeres y los hombres de cualquier actividad planificada, inclusive las leyes, políticas o programas, en todos los sectores y a todos los niveles. Es una estrategia destinada a hacer que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, así como de los hombres, sean un elemento integrante de la elaboración, la aplicación, la supervisión y la evaluación de las políticas y los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, a fin de que las mujeres y los hombres se beneficien por igual y se impida que se perpetúe la desigualdad. El objetivo final es lograr la igualdad entre los géneros*”⁶⁷⁸.

⁶⁷⁵ Un ejemplo es la Base de Datos “Igualdad de Género, Instituciones y Desarrollo”, lanzada por la OCDE el 8 de marzo de 2006, como instrumento de ayuda a investigadores y funcionarios públicos y que cubre 161 países con 60 indicadores que permiten medir la discriminación a mujeres. Véase http://www.oecd.org/document/16/0,3343,en_2649_33731_39323280_1_1_1_1,00.html (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁶⁷⁶ “Reafirmando que los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres...”. Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Durban en Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia. DOC. UN A/CONF.189/12

⁶⁷⁷ Nota 1 en el Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Durban en Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia. DOC. UN A/CONF.189/12. Por cierto, tanto en Durban como en su proceso revisor llevado a cabo entre el 20 y 24 de abril de 2009 en Ginebra, Suiza, para evaluar el proceso hacia el logro de los objetivos planteados en 2001 hay referencias a la mujer y su especial condición de vulnerabilidad en diversos contextos. Documento Final de la Conferencia de Examen de Durban, 20 al 24 de abril de 2009, Ginebra, Párrafos 70, 79, 86, 87, 88, 89, 90, 91 y 92. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/durbanreview2009/pdf/Durban_Review_outcome_document_Sp.pdf (último acceso: 4 de abril de 2010)

⁶⁷⁸ Doc. UN A/52/3/Rev. 1 (1997), de 18 de septiembre de 1997. El mismo documento señala los principios para la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de las Naciones Unidas y que son los que paso a rescatar. “*Las cuestiones que se planteen en todos los sectores de las actividades deben definirse de modo que se puedan diagnosticar las diferencias de género, es decir, no se debe partir de un supuesto de neutralidad desde el punto de vista del género. La responsabilidad de llevar a cabo en la práctica la incorporación de la perspectiva de género corresponde a todo el sistema y a sus niveles más altos. La rendición de cuentas respecto de la obtención de resultados debe ser supervisada constantemente. La incorporación de la perspectiva de género también exige que*

Esta definición ha sido criticada por la doctrina especializada en la materia, tanto como el propio concepto de *género*, por estimarla muy estrecha y porque si queda animada por lograr la igualdad de tratamiento entre hombres y mujeres es porque asume una simetría en las posiciones de ambos, sin hacerse cargo de la complejidad que supone el género y cómo este tiene que ver con la forma en que se distribuye el poder en las relaciones; por cuanto no alcanza a llegar a todas las áreas del quehacer de las Naciones Unidas y porque al no existir una concepción uniforme de género en esta institucionalidad, estimándolo algunos como sinónimo sólo del sexo y a su vez sólo de mujer, influencia todo el trabajo en ese sentido⁶⁷⁹.

Pese a estas observaciones que comparto pues se avienen con mi hipótesis de trabajo, es el concepto que se ha mantenido vigente en la institucionalidad y prueba de ello es que en 2004 el Secretario General lo revisó por encargo del mismo ECOSOC con visión positiva en cuanto a los avances pero constatando en todo caso la brecha entre las políticas y la práctica, especialmente en algunas áreas de trabajo como la erradicación de la pobreza extrema, la macroeconomía, las infraestructuras, el desarrollo rural, entre otras, frente a lo cual llamó a reforzar la idea de la incorporación de la perspectiva de género generando estrategias para ello⁶⁸⁰ y teniendo en vista que ya en 2000 la Asamblea General se había adherido a la importancia de la cuestión a partir del seguimiento de la misma⁶⁸¹.

Por su parte y en ese mismo ánimo de clarificar y unificar esfuerzos, en 2001 la Oficina de la Asesora Especial sobre Cuestiones de Género y Adelanto de la mujer, en el documento *GenderMainstreaming: Strategy for Promoting Gender Equality*, dio una nueva idea de *género* indicando que “*Se refiere a los atributos y oportunidades sociales vinculados con el hecho de ser hombre o mujer y las relaciones entre mujeres y hombres y niñas y niños, así como a las relaciones entre mujeres y entre hombres. Estos atributos, oportunidades y relaciones se construyen socialmente y se aprenden mediante procesos de socialización. Dependen del contexto y el momento, y pueden cambiar. El género determina qué se espera, permite y valora en una mujer o un hombre en un contexto específico. En la mayoría de las sociedades hay diferencias y desigualdades entre hombres y mujeres en cuanto a las responsabilidades que se les asignan, las actividades que realizan, el acceso a los recursos y el control de éstos, así como las oportunidades*

se hagan todos los esfuerzos posibles para ampliar la participación de la mujer en todos los niveles de la adopción de decisiones. La incorporación de la perspectiva de género debe institucionalizarse mediante medidas, mecanismos y procesos concretos en todos los sectores del sistema de las Naciones Unidas. La incorporación de la perspectiva de género no anula la necesidad de adoptar políticas y programas dirigidos específicamente a la mujer, así como de promulgar leyes al respecto, ni reemplaza a las dependencias o centros de coordinación encargados de las cuestiones de género. Para llevar a la práctica con éxito el concepto de incorporación de la perspectiva de género son importantes una clara voluntad política y la asignación de recursos humanos y financieros suficientes y, si fuera necesario, crecientes que procedan de todas las fuentes de financiación disponibles”. También hace recomendaciones específicas para la incorporación de la perspectiva de género en el sistema de las Naciones Unidas en el proceso intergubernamental; en el establecimiento de requisitos institucionales en todas las políticas y programas; para el papel que deben desempeñar las dependencias y los centros de coordinación encargados de las cuestiones de género en la incorporación de la perspectiva de género en las actividades principales; para la creación de capacidades para la incorporación de la perspectiva de género; y para su incorporación y el seguimiento integrado de las conferencias mundiales de las Naciones Unidas.

⁶⁷⁹ Charlesworth, H., “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.18, 2005, pp. 13-16.

⁶⁸⁰ Doc. NU E/2004/59.

⁶⁸¹ Doc. NU A/S-23/10/Rev.1

de adopción de decisiones. El género es parte del contexto sociocultural más amplio. Otros criterios importantes para el análisis sociocultural incluyen la clase, la raza, el nivel de pobreza, el grupo étnico y la edad”. Se trata, sin duda, de un avance en la comprensión del género, como presupuesto para hablar verdaderamente de una transversalización del mismo en todo el accionar internacional de derechos humanos, compromiso que recientemente ha sido reiterado por el ECOSOC.

En efecto, en julio de 2009 este Consejo ha reiterado el compromiso de incorporar esta *perspectiva de género* en el diseño, implementación, seguimiento y evaluación de todas las políticas y programas de las Naciones Unidas, teniendo especialmente presente los ya 15 años de Beijing⁶⁸² y a partir del Informe del Secretario General *Incorporación de una Perspectiva de Género en todas las políticas y programas del sistema de las Naciones Unidas*, de 12 de mayo de 2009, destinado justamente a mostrar la implementación de este objetivo en el sistema de la organización⁶⁸³ desde el encargo formulado en 2008 por el Consejo, a partir de la constatación de la brecha considerable en la aplicación de esta perspectiva en los planes y políticas⁶⁸⁴, lo que prueba que la realidad está bastante más lejos del texto que lo que se querría, conspirando contra la idea de tener una ONU unida en torno a los temas ejes, para garantizar la coherencia del sistema, siendo clave en ello el tema económico⁶⁸⁵, lo que de alguna manera se buscará revertir desde el 2011 en adelante con la puesta en marcha de UN Women.

Así, hay que concluir que con Beijing y todo lo que le ha seguido en cuanto a la incorporación de la *perspectiva de género* se amplió el horizonte del análisis de la mujer como ligado sólo al desarrollo - que sigue al parecer en todo caso siendo el eje central⁶⁸⁶ - para abarcar otras cuestiones que afectan a las mujeres en su vida cotidiana y en que incide el *género* en los diversos contextos culturales en que desarrolla sus relaciones aunque, debe ser reconocido y vuelto a mencionar, sin una real preocupación por las diversas *identidades* u *orientaciones sexuales* que puede reclamar una mujer para formar su propia identidad y a partir de ella vivenciar sus relaciones en las diferentes esferas; otorgando un cierto perfil a las mujeres de quienes se ocupa que, por ejemplo, la hace ir acompañada

⁶⁸² Doc. UN ECOSOC/2009/12. Véase también la Resolución del ECOSOC 2006/36 “Incorporación de una perspectiva de género en todas las políticas y los programas del sistema de las Naciones Unidas”, de 27 de julio de 2006.

⁶⁸³ Doc. UN ECOSOC/2009/71

⁶⁸⁴ Doc. UN ECOSOC/2008/34

⁶⁸⁵ “90. Sin embargo, los progresos globales en cuanto a la incorporación de la perspectiva de género han sido dispares, mientras que subsisten las deficiencias y los problemas. La escasez de recursos para las actividades en este ámbito sigue siendo un problema importante. En la mayoría de las entidades, la incorporación de una perspectiva de género no se ha visto acompañada de recursos humanos y financieros sostenidos y previsibles, lo que ha limitado la prestación de apoyo sistemático para promover la igualdad entre los géneros en los países”. Doc. UN ECOSOC/2009/71, párrafo 90.

⁶⁸⁶ Efectivamente, la fuerte ligazón entre mujer y desarrollo ha sido el eje para que desde 1999 se vengán desarrollando por la División para el Adelanto de la Mujer (DAW, por su sigla en inglés *Division for the Advancement of Women*), con colaboración de buena parte de los organismos de UN que trabajando en la materia, la *Encuesta Mundial sobre el Papel de las Mujeres en el Desarrollo* que en ese año se focalizó en la globalización, el género y el trabajo; en 2004 en las mujeres y la migración internacional, y en 2009 en el control por las mujeres del acceso a los recursos económicos y financieros, incluída la microfinanciación, lo que se enmarcó además en lo que fue la crisis económica mundial de los últimos años. Más allá de la utilidad en el desarrollo de este tipo de instrumentos de análisis, él muestra como la preocupación que tiene NU por la mujer se liga en forma totalmente preferente al desarrollo de ésta, como parte de la mejora de su situación de derechos sociales y económicos, más que a considerando la cuestión de la identidad de una mujer y cómo este se define, en clave de respeto a los derechos humanos universales. El texto de “2009 World Survey on the Role of Women in Development Women’s Control over Economic Resources and Access to Financial Resources, including Microfinance” está disponible en <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/WorldSurvey2009.pdf> (último acceso: 21 de abril de 2010)

en muchos casos de la maternidad y la vulnerabilidad física como hechos de la condición misma de ser mujer lo que es una asunción equivocada al partir de la errada premisa de que todas las mujeres somos iguales y buscamos lo mismo; olvidando que los hombres también pueden vivenciar situaciones especiales relacionadas con su propio *sexo* o con su *género* y, en definitiva, sin lograr que todos los órganos que intervienen en la protección de derechos tengan una idea consensuada sobre estas cuestiones.

2.4.3. Mujeres y Género en los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Junto con la *Conferencia de Beijing*, la llamada *Cumbre del Milenio* del año 2000 ha sido uno de los eventos internacionales que mayor interés ha convocado en los tiempos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Celebrada en el sede de Naciones Unidas en Nueva York entre el 6 y el 8 de septiembre de ese año, la Asamblea General adoptó durante la Cumbre la llamada *Declaración del Milenio*⁶⁸⁷, en la que enuncia los valores y principios que habrán de regir las relaciones internacionales en el nuevo siglo, asumiendo compromiso en áreas definidas: paz, seguridad y desarme, desarrollo y erradicación de la pobreza, protección del entorno común, derechos humanos, democracia y buen gobierno, protección de las personas vulnerables, atención a las especiales necesidades de África y fortalecimiento de las Naciones Unidas.

En el marco del desarrollo y la erradicación de la pobreza se establece que los estados han decidido “*promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible*”⁶⁸⁸. Por su parte, en el apartado referido a los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno se indica la decisión de “*luchar contra todas las formas de violencia contra la mujer y aplicar la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación en Contra de la Mujer*”⁶⁸⁹.

Lo anterior, sin dejar de ser evidentemente un avance, es un tácito reconocimiento (o una expresa ausencia) de dos cosas: la falta de una concepción amplia de la *sexualidad* y la persistencia en el entendimiento de la necesidad de mejorar la condición de la mujer en clave de desarrollo más que en clave de identidad personal.

Al tiempo de adoptado este relevante instrumento se definieron los Objetivos de Desarrollo del Milenio, que son ocho objetivos de desarrollo económico y social para el mundo que, concretados en 18 metas cuantificables y uno o varios indicadores de progreso para cada una de ellas, se persiguen alcanzar para el año 2015 y que han venido a ser un resumen combinado de las metas y los resultados obtenidos en décadas de trabajo en diversas conferencias, como las principales que ya he citado, en los ámbitos de los niños, la población y el desarrollo, los derechos humanos, la condición de la mujer, el

⁶⁸⁷ Doc. UN A/RES/55/2

⁶⁸⁸ Doc. UN A/RES/55/2, párrafo 20.

⁶⁸⁹ Doc. UN A/RES/55/2, párrafo 25.

desarrollo social, el VIH/SIDA y la cooperación al desarrollo, proveyendo entonces ahora de un marco mayor para el logro de todos los objetivos que fueron surgiendo de ellas⁶⁹⁰.

Entre los Objetivos internacionalmente acordados que figuran explicados en la *Guía General para la Aplicación de la Declaración del Milenio*⁶⁹¹ está el de promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer, su empoderamiento, como medios eficaces de combatir la pobreza, el hambre y las enfermedades y de estimular un desarrollo verdaderamente sostenible.

Como se ha dicho, las Naciones Unidas está profundizando en la incorporación de la *perspectiva de género* por medio de una estrategia que engloba al sistema entero, lo que incluye todo el trabajo a favor del logro de los ODM. Prueba de ello y en lo que toca a la mujer es el documento llamado *Empoderadas e Iguales. Estrategia de Igualdad de Género 2008-2011*⁶⁹², que busca la promoción del empoderamiento de la mujer y la igualdad de género como estrategias con miras al logro de los ODM y que ha sido elaborado el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. El documento viene a ser la guía a partir de la cual y en el ámbito de su mandato y la serie de resoluciones y tratados que forman el marco para que el PNUD asuma esta labor, este organismo trabajará en este período en acciones concretas y mecanismos institucionales que le permitan lograr la meta. Si bien el documento se centra en la mujer, hay que reconocer un claro avance en consonancia con la realidad al señalar que los términos “género” e “igualdad de género” se refieren tanto a los hombres como a las mujeres, y las relaciones entre ellos.

Del empoderamiento de la mujer se ha dicho en tanto que tiene cinco componentes: el sentido de autoestima de la mujer; su derecho a ejercer y determinar opciones; su derecho a tener acceso a oportunidades y recursos; su derecho al poder para controlar su propia vida, tanto dentro del hogar como fuera de éste; y su capacidad para determinar la orientación del cambio social para crear un orden económico y social más justo a nivel nacional e internacional y guarda relación con la igualdad de género pero se distingue de ésta. El fundamento del empoderamiento reside en la capacidad de una mujer de controlar su propio destino, lo que supone que para estar empoderadas, las mujeres no sólo deben tener las mismas capacidades, como la educación y la salud, y el mismo acceso a los recursos y oportunidades, como la tierra y el empleo, sino que también deben tener los medios para utilizar esos derechos, capacidades, recursos y oportunidades a fin de ejercer opciones y tomar decisiones estratégicas, como las que brindan las oportunidades de liderazgo y la participación en las instituciones políticas. Para valerse de esos medios, las mujeres deben vivir sin miedo a la coacción y a la violencia⁶⁹³.

⁶⁹⁰ Específicamente estos Objetivos son: 1) Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2) Lograr la enseñanza primaria universal; 3) Promover la igualdad entre los géneros y la autonomía de la mujer; 4) Reducir la mortalidad infantil; 5) Mejorar la salud materna; 6) Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; 7) Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; y 8) Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

⁶⁹¹ Doc. UN A/56/326, de 6 de septiembre de 2001.

⁶⁹² Disponible en <http://www.undp.org/women/docs/GES2008-Esp.pdf> (último acceso: 21 de abril de 2010)

⁶⁹³ *Empoderadas e Iguales. Estrategia de Igualdad de Género 2008-2011*, p.77. Disponible en <http://www.undp.org/women/docs/GES2008-Esp.pdf> (último acceso: 21 de abril de 2010)

Así entendido por la institucionalidad, parece quedar meridianamente claro que no consideran que la *sexualidad* y vivirla cómo se desee sea necesario para ellas controlen su destino.

Ahora bien, reconociendo la utilidad de estas estrategias integradas, la realidad de lejanía que se palpa a la hora de analizar si se podrá cumplir la meta al año 2015 ha sido puesta de manifiesto recientemente por el propio Secretario General al convocar a la Conferencia Mundial de septiembre de 2010 justamente para analizar esta cuestión. En el documento respectivo y sólo en lo que toca al ODM que más directamente liga a la mujer y su situación se señala que la igualdad entre *géneros* es uno de los objetivos más difíciles de alcanzar teniendo esto por causa básica las actitudes y normas de las sociedades y sus estructuras de poder, agregando que la violencia contra la mujer sigue siendo en todas partes una vergüenza para la humanidad y aunque se han emprendido más iniciativas para combatirla, esas actividades a menudo no tienen suficiente alcance, no son sistemáticas ni sostenidas y no están bien coordinadas⁶⁹⁴. No resulta menor destacar que los párrafos se ubican bajo el epígrafe “Progreso insuficiente en la igualdad entre los **géneros**” (el destacado es mío) pese a lo cual sólo trata de la especial condición de la mujer.

Más allá de lo positivo de poner tanta importancia en el tema, marco el énfasis en que estos ODM se han centrado en las mujeres, dejando así la idea de lograr la igualdad de *género* como sinónimo de mejorar a la mujer, olvidando otros matices de la propia idea de *género*. De hecho, uno de los principios que se estiman rectores para un programa de acción es enfocar los Objetivos de Desarrollo del Milenio a través de la *perspectiva de género* porque, “*por lo general, las mujeres y las niñas sobrellevan las cargas más pesadas de la pobreza extrema, el hambre y la enfermedad. En todas las esferas de acción es necesario incluir estrategias destinadas específicamente a superar los desafíos a que hacen frente las niñas y las mujeres. Además, se necesitan medidas decisivas para concentrar la atención en las prioridades generales de la igualdad entre los géneros, incluidas las dificultades que afectan a la representación política de la mujer y la persistente epidemia intolerable de violencia contra las mujeres*”⁶⁹⁵, lo que refuerza entonces la preocupación centrada en las mujeres.

En septiembre de 2010 y con ocasión del 65° Período de Sesiones de la Asamblea General que, como anuncié antes, ha estado dedicado en buena parte a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, el Secretario Ban Ki Moon ha lanzado el 22 de septiembre el documento “Estrategia Mundial para la salud de la mujer y el niño” para reforzar el compromiso de todos los actores de la sociedad internacional con la salud de las mujeres y niños, entendiendo que si bien está puesta de relieve en los Objetivos N° 4 y 5, tiene que ver con todos los ODM. La Estrategia se dirige entonces a los estados y sus gobiernos pero también a las propias Naciones Unidas y otras organizaciones multilaterales, a los donantes, a la sociedad civil, a las empresas, al personal sanitario y a las instituciones académicas y de investigación, quienes a su vez intervinieron en la elaboración de esta Estrategia. Esto ha sido sin duda uno de los grandes anuncios y avances que han surgido de este período de sesiones y se ha elaborado

⁶⁹⁴ Doc. UN A/64/665, de 12 de febrero de 2010, párrafos 18-22.

⁶⁹⁵ Doc. UN A/64/665, párrafo 99.

con la conciencia de que siendo las mujeres y los niños los más vulnerables en múltiples contextos, son las mujeres y algunas en particular (embarazadas, enfermas de VIH/SIDA y adolescentes) las más expuestas a sufrir y hasta perder la vida y en ellas se tiene que centrar la lucha por cumplir con los ODM al año 2015⁶⁹⁶.

2.5. La Discriminación de mujeres en otros ámbitos del Derecho Internacional. Conflictos, Paz y Seguridad Internacional.

En este apartado quiero referirme a la situación de las mujeres desde otros espacios regulatorios internacionales cuya conexión con el de los derechos humanos es inevitable e inexcusable si se quiere hacer un análisis global de la discriminación que sufren. Me refiero a lo que es su situación en el marco de los conflictos, sean nacionales o internacionales y, por tanto, a lo que son ámbitos estrictamente vinculados y complementarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos: el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional que se constituyen en *vía indirectas* de protección contra la discriminación.

Bajo esa óptica de análisis lo primero es marcar el recordatorio de que la situación de desigualdad de la mujer y su mayor vulnerabilidad se tuvo muy poco en cuenta en los procesamientos de Nuremberg y Tokyo, a pesar de la existencia de crímenes nazis o japoneses en que las víctimas fueron directa y preferentemente mujeres⁶⁹⁷. Recordatorio que bien vale tener a la vista no obstante que mi marco temporal de análisis es justamente el período que arranca en la segunda mitad de la década de los cuarenta.

Con el tiempo y con los conflictos internacionales que han azotado al mundo o con los numerosos conflictos internos en que ha sido necesaria alguna clase de intervención internacional - sin entrar acá por cierto a la controvertida cuestión de las legitimidades de algunas intervenciones como en la ex Yugoslavia, Irak o Afganistán, por ejemplo - fue patente la insuficiencia de las prescripciones del Derecho de Ginebra o de Nueva York, de la *Convención para el Estatuto de los Refugiados* y su *Protocolo*, y de los mecanismos surgidos para el enjuiciamiento de crímenes atroces, especialmente aquellos cometidos contra mujeres.

Pese a ello, con todo y estas debilidades que la realidad deja patente, han sido aportes decisivos aquellos surgidos desde la jurisprudencia de los tribunales penales para la Ex Yugoslavia y para Ruanda⁶⁹⁸, al calificar como crimen internacional la violación de una mujer, que puede llegar

⁶⁹⁶ Documento disponible en <http://www.un.org/spanish/sg/pdf/Global%20StrategySP.pdf> (último acceso: 26 de septiembre de 2010)

⁶⁹⁷ Palmer, A. "An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of "Forced Marriage"", en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7, Number 1, Spring 2009, p. 138.

⁶⁹⁸ El Tribunal para la ex Yugoslavia, con sede en La Haya, fue creado en 1993 y encuentra su fundamento en la Resolución 827, del 25 de mayo de ese año, y el Tribunal para Ruanda, con sede en Tanzania, fue creado en 1994 y encuentra su fundamento en la Resolución 955, de 8 de noviembre de ese año, ambas del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que a su vez se fundan en las facultades que a este órgano concede el artículo 39 en relación al artículo 41 del Capítulo VII de la Carta de la organización, en relación con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Si bien la extensión de las ideas de amenazas a la paz y la seguridad internacionales que tuvo por fundamento el Consejo para crear por vía de Resolución tribunales internacionales (que en estricta y sana lógica jurídica debe nacer a partir de un tratado internacional) ha sido discutida en doctrina, al igual que su condición

a quedar consumada incluso sin llegar a producirse contacto físico, como fue tratado en los asuntos Tadjic⁶⁹⁹, Akayesu⁷⁰⁰ o Kayisema⁷⁰¹. De forma notable y en ausencia de una definición comúnmente aceptada de violación en derecho internacional, en el juzgamiento de Akayesu en 1998, el Tribunal para la Ex Yugoslavia la definió como “*a physical invasion of a sexual nature, committed on a person under circumstances that are coercive*”. También describió la violencia sexual, que incluye la violación, “*as any act of a sexual nature that is committed on a person under circumstances that are coercive*” y agregó que “*sexual violence is not limited to physical invasion of a human body and may include acts that do not involve penetration or physical contact*”.

Esto ha sido considerado como un gran avance pues los *Convenios de Ginebra* sólo contemplaban la violación como una lesión al honor, pero no como una lesión grave al mismo como paso a explicar.

Al aprobarse los cuatro *Convenios de Ginebra*, de 12 de agosto de 1949, se convirtieron en los principales instrumentos para la protección de las víctimas de los conflictos armados y junto a los *Protocolos Adicionales*, de 8 de junio de 1977, contienen 19 disposiciones específicamente referidas a la mujer si bien su alcance es algo limitado y la finalidad de varias de ellas es de hecho proteger a los niños. Miradas en forma global, el objetivo de los *Convenios* en esta materia es prestar una protección especial a las mujeres encintas, las madres lactantes y las madres en general y presentar la cuestión de la vulnerabilidad de las mujeres ante la violencia sexual en tiempo de conflicto armado, pero efectivamente ni los *Convenios de Ginebra* ni sus *Protocolos Adicionales* tienen una referencia expresa a la situación desmejorada en que se encuentra una mujer en caso de violencia en el marco de un conflicto armado, como tampoco nada expreso surge de la *Convención sobre los Refugiados* de 1951 y su *Protocolo* de 1967, aún cuando se pueden entender hoy como marcos protectores para las mujeres a la luz de los desarrollos que se han llevado adelante desde los artículos 27 del IV *Convenio de Ginebra*, 76.1 del *Protocolo Adicional I*, y 4°.2.e) del *Protocolo Adicional II*.

En el párrafo 2 del artículo 27 del IV *Convenio de Ginebra* figura la primera disposición específicamente referente a la práctica de la violación: “*las mujeres serán especialmente protegidas contra todo atentado a su honor y, en particular, contra la violación, la prostitución forzada y todo atentado a su pudor*”. Aunque este artículo fue un reconocimiento esperado para confirmar que la práctica de la violación en tiempo de conflicto armado es inaceptable, no se reconoce el alcance ni la gravedad de esa práctica, dado que esta disposición no se incluye en la categoría de infracciones graves del derecho internacional humanitario, categoría conforme la cual los Estados están obligados a buscar y castigar a las personas que no observen determinadas disposiciones de estos

de órgano subsidiario del Consejo, pues atentaría contra la independencia que debe tener todo órgano judicial, lo cierto es que tales tribunales existen y han procesado a terribles criminales en sus más de diez años de vida. Véase sobre el tema de la independencia el interesante estudio de Bollo, María Dolores, *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004, pp. 427-509.

⁶⁹⁹ Asunto TPI D 5633-D5625.

⁷⁰⁰ Asunto ICTR-96-4-T, párrafo 38.

⁷⁰¹ Asunto ICTR-95-I-T.

tratados. El párrafo 2 del artículo 27 también ha sido objeto de críticas sobre la base de que, como en muchas otras disposiciones relativas a las mujeres, se clasifican los actos de violación como atentados al honor de las víctimas y no se refleja así, la gravedad del delito de violencia sexual. Aparte de la protección estipulada en esos artículos, con la limitación que surge de su ámbito de aplicación, no hay una indicación clara en las disposiciones del Derecho de Ginebra sobre las dificultades con que tropiezan las mujeres en situaciones de conflicto armado, las cuales son específicas y plantean cuestiones más amplias que su sólo papel de madres o víctimas de la violencia sexual y de ahí la importancia de los desarrollos que se han generado desde la década pasada a estos días.

De alguna manera estos desarrollos responden a que si bien el tema no es nuevo, sólo a inicios de los noventa y producto de las atrocidades cometidas contra mujeres en el medio del conflicto de los Balcanes considerando la violencia sexual en diversas formas como una nueva y sistemática forma de limpieza étnica⁷⁰² y también por lo que había sido el abuso de soldados irakíes contra mujeres kuwaitíes en la Guerra del Golfo, es que se tomó nota de la necesidad de actuar realmente en contra de toda violencia, incluida la sexual, que se produjera en el contexto de un conflicto⁷⁰³, cuestión que es nada menor si se considera seriamente que el principal propósito de la ONU es el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y teniendo presente que antes “el silencio era ensordecedor, a pesar de la espantosa realidad de esa práctica en todos los conflictos armados”⁷⁰⁴. Si bien se ha reconocido que la violencia sexual afecta tanto a hombres como a mujeres en estas circunstancias extremas, sí se tiene la conciencia que las mujeres son más vulnerables a padecerla y además en ellas las consecuencias, desde el punto de vista de su rol en el proceso reproductivo por ejemplo, pueden ser más críticas⁷⁰⁵.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que no sólo la violencia es la forma en que las mujeres son víctimas de discriminación en el ámbito de la seguridad internacional. También se manifiesta

⁷⁰² En la Resolución del Consejo de Seguridad 798, de 18 de diciembre de 1992, el Consejo manifestó su consternación por las informaciones acerca de “*las detenciones y violaciones sistemáticas, masivas y organizadas de mujeres, en particular mujeres musulmanas, en Bosnia y Herzegovina*”.

⁷⁰³ La Declaración y Plataforma de Acción de Viena de 1993 señala que “*Las violaciones de los derechos humanos de la mujer en situaciones de conflicto armado constituyen violaciones de los principios fundamentales de los derechos humanos y el derecho humanitario internacionales. Todos los delitos de ese tipo, en particular los asesinatos, las violaciones sistemáticas, la esclavitud sexual y los embarazos forzados, requieren una respuesta especialmente eficaz*”. Doc. A/CONF.157/23, Párrafo 38, Capítulo II. Por su parte, la Declaración y Plataforma de Beijing de 1995 indica que: “*Aunque hay comunidades enteras que sufren las consecuencias de los conflictos armados y del terrorismo, las mujeres y las niñas se ven particularmente afectadas a causa de su condición en la sociedad y de su sexo. Las partes en los conflictos a menudo violan a las mujeres con impunidad, utilizando a veces la violación sistemática como táctica de guerra y de terrorismo. Los efectos de la violencia contra la mujer y de la violación de los derechos humanos de la mujer en tales situaciones son experimentados por mujeres de todas las edades, que sufren desplazamientos, pérdida del hogar y de los bienes, pérdida o desaparición involuntaria de parientes cercanos, pobreza y separación y desintegración de la familia y que son víctimas de actos de asesinato, terrorismo, torturas, desapariciones involuntarias, esclavitud sexual, violaciones, abusos sexuales y embarazos forzados en situaciones de conflicto armado, especialmente como resultado de políticas de depuración étnica y otras formas de violencia nuevas e incipientes. Ello se ve agravado por las traumáticas consecuencias de carácter social, económico y psicológico causadas por los conflictos armados y la ocupación y dominación extranjeras, consecuencias que se sufren durante toda la vida*”. Doc. A/CONF.177/20, Párrafo 135.

⁷⁰⁴ Gardan, J., “La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, septiembre de 1998, pp. 453-467.

⁷⁰⁵ *Women 2000. Sexual Violence and Armed Conflict: United Nations Response*. Published to Promote the Goals of the Beijing Declaration and the Platform for Action, April 1998, United Nations, Division for the Advancement of Women, Department of Economic and Social Affairs. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/w2apr98.htm> (último acceso: 26 de septiembre de 2010)

ésta cuando son ellas las que constituyen el mayor número de personas refugiadas o desplazadas internamente a causa de conflictos o las mayores víctimas de la trata o de la esclavitud sexual; o cuando se les obliga a contraer matrimonio, práctica de frecuente y desgraciado uso en el conflicto de Sierra Leona por ejemplo⁷⁰⁶; o cuando se constata su menor presencia en lo que toca a la toma de decisiones en temas de seguridad y procesos de paz, sean formales o informales, o en la intervención, en diferentes roles, en la configuración y despliegue de operaciones para el mantenimiento de la paz.

Como es fácil observar entonces al mirar la cotidiana realidad y entendiendo seguridad para este solo efecto y en una simplificación que me permito acá como ese “estado” en que no hay riesgos a la paz internacional y se vive libre de temores y miedos, se trata de un ámbito de la sociedad en que las mujeres han sido sistemáticamente excluidas y a partir del cual se ha asumido la necesidad de terminar con las discriminaciones que padecen en lo que toca al mantenimiento y construcción de la paz, sea por ser las principales víctimas, sea por tener un rol totalmente secundario en la materia y sus procesos. Esta asunción es consecuente además con la idea de que desde que la *transversalidad de género* se asume por la ONU como una estrategia para alcanzar la meta de la igualdad de *sexos*, se han ido elaborando planes de acción y estrategias para incorporar el tema de las mujeres - que es en realidad a lo que se refiere la ONU con *género* realmente como vengo remarcando - en sus más variados ámbitos de competencia; desde economía y pobreza hasta desarme, pasando por salud, educación y comercio y llegando evidentemente a este ámbito medular de su accionar como es el del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional.

Al respecto hay dos cuestiones concretas que merecerán una mayor atención en esta materia. Por un lado, lo que toca a la labor que se viene desarrollando en esta línea desde el Consejo de Seguridad y su Resolución 1325, y por el otro, la inclusión del *género* en el ámbito del nuevo tiempo para el Derecho Penal Internacional que se inaugura en 1998.

En lo que se refiere al rol y trabajo que lleva adelante en este tema el Consejo de Seguridad, hay que decir que es esencialmente a partir del año 2000⁷⁰⁷ con la Resolución 1325 de ese año⁷⁰⁸, motivada en buena medida por los logros políticos del proceso de Beijing cinco años antes, cuando

⁷⁰⁶ La guerra civil que azotó a Sierra Leona hasta el año 2002 generó la creación de un Tribunal Especial que nació a instancias del Consejo de Seguridad y su Resolución 1315, de 14 de agosto de 2000, que encargó al Secretario General la implementación de un acuerdo con el Gobierno de Sierra Leona para establecer este Tribunal Especial que se encargaría de juzgar a los violadores tanto de la ley internacional como nacional. Según algunos estudios, durante el conflicto fueron más de 250.000 mujeres y niñas las que padecieron alguna forma de violencia, entre ellas el matrimonio forzado, situación agravada en un contexto social en que la mujer no es reconocida como igual al hombre - a pesar de que el país es parte de la CEDAW - y en que carece de herramientas económicas, todo lo cual la pone en situación de absoluta mayor vulnerabilidad. En el marco de su trabajo y por vez primera en la historia, el Tribunal para Sierra Leona dictaminó que los matrimonios forzados constituyen un crimen contra la humanidad dedicando sendos trabajos jurisprudenciales a dar por configurada así en el ámbito penal internacional una de las peores formas de discriminación a las mujeres. Un completo estudio sobre los antecedentes de este conflicto y los pronunciamientos jurisdiccionales en la materia se encuentra en Palmer, A. “An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of “Forced Marriage”” (cit.), pp. 143-159.

⁷⁰⁷ En 1974 la Asamblea General aprobó en sesión de 14 de diciembre, la Resolución 3318 (XXIX) que contiene la *Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de emergencia o de conflicto armado* que ya en esa época denota la preocupación por este tema, aunque su tenor muestra que no había consciencia aún sobre los distintos roles que juegan las mujeres en el marco de los conflictos, no sólo como víctimas, ni tampoco había noción clara del diferente rol que ocupan hombres y mujeres en la sociedad.

⁷⁰⁸ Doc. NU S/RES/1325 (2000)

el tema se instala en agenda internacional, no debiendo perderse de vista que por lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, sus miembros han convenido en “...aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”⁷⁰⁹.

Junto con reconocer que dentro de los civiles, son las mujeres y niños las mayores víctimas de los conflictos, esta importante resolución reconoce el rol que le cabe a ellas en la prevención y solución de los conflictos y en la consolidación de la paz, y subraya la importancia de que participen en pie de igualdad e intervengan plenamente en todas las iniciativas encaminadas al mantenimiento y el fomento de la paz y la seguridad, y la necesidad de aumentar su participación en los procesos de adopción de decisiones en materia de prevención y solución de conflictos; reconociendo la urgente necesidad de incorporar una perspectiva de género en las operaciones de mantenimiento de la paz⁷¹⁰. Es decir, busca la incorporación integral de ella en todos los aspectos que suponen el mantenimiento y fomento de la paz y la seguridad internacionales, involucrando directamente en este propósito al Secretario General a quien se encomiendan una serie de misiones a ese objeto.

Así, y en conformidad con la 1325, presentó en 2002 un estudio llamado “Mujeres, Paz y Seguridad” que ha venido a establecer un verdadero marco teórico por el que los países y en general toda la institucionalidad internacional que trabaja en torno al tema debe guiarse en la materia. Es interesante destacar cómo este documento se hace cargo sin quererlo del problema de confusión entre “estudios de género” y “estudios sobre mujeres”, usando una fórmula que libera de responsabilidad en cuanto a que sólo considera el tema en clave de mujer. Dice el párrafo 50 “...there is often confusion and misunderstanding of whether or not a gender analysis is the same as a focus on women. This study focuses on the experiences of women and girls. It has, however, used gender analysis as the basis for understanding what happens to women and girls in armed conflict and to develop effective operational responses”⁷¹¹.

En la misma línea, ha sido desde la Secretaría General desde donde se ha promovido un trabajo institucionalizado para terminar con la explotación y abusos sexuales que académicamente se conocen como SEA (por su sigla en inglés, *Sexual Exploitation and abuse*), cometida por

⁷⁰⁹ Es importante consignar que el Preámbulo del *Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer* hace referencia expresa a la Resolución 1325 del CSNU y trata en detalle la situación de la mujer en conflicto armado en su artículo 11. “*Protection of Women in Armed Conflicts. 1. States Parties undertake to respect and ensure respect for the rules of international humanitarian law applicable in armed conflict situations, which affect the population, particularly women. 2. States Parties shall, in accordance with the obligations incumbent upon them under international humanitarian law, protect civilians including women, irrespective of the population to which they belong, in the event of armed conflict. 3. States Parties undertake to protect asylum seeking women, refugees, returnees and internally displaced persons, against all forms of violence, rape and other forms of sexual exploitation, and to ensure that such acts are considered war crimes, genocide and/or crimes against humanity and that their perpetrators are brought to justice before a competent criminal jurisdiction. 4. States Parties shall take all necessary measures to ensure that no child, especially girls under 18 years of age, take a direct part in hostilities and that no child is recruited as a soldier*”.

⁷¹⁰ En Windhoek, Namibia, se llevó a efecto el Seminario “Mainstreaming a Gender Perspective in Multidimensional Peace Support Operations”, organizado por el Lessons Learned Unit of the UN Department of Peacekeeping Operations y patrocinado por el Gobierno de Namibia, entre el 29 y el 31 de Mayo de 2000. Los participantes dieron su visión y discutieron sobre el sistema de Naciones Unidas y cómo los estados pueden lograr este objetivo de la transversalidad de género en este ámbito. Sobre esto fue aprobado con carácter recomendatorio el documento “The Namibia Plan of Action” que insta al SGNU a tomar medidas adecuadas de seguimiento para su aplicación.

⁷¹¹ *Women, Peace and Security*, Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000) United Nations, 2002. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/public/eWPS.pdf> (último acceso: 26 de abril de 2010)

funcionarios militares, policiales o civiles al servicio de Naciones Unidas en el marco de operaciones humanitarias y de paz, preferentemente a mujeres y niñas, introducido como tema oficialmente por Kofi Annan en 2005⁷¹² a través de su Informe sobre Medidas Especiales de protección contra la Explotación y el Abuso Sexual⁷¹³, bajo la política de “tolerancia cero”⁷¹⁴.

Esta forma de violencia, que califico sin duda como una manifestación de discriminación, es particularmente grave pues atenta contra la ética que supone ha de permear el trabajo institucional en estos ámbitos y se constituye además en una perversión del sistema de NU y el deber de protección que tiene el personal al servicio de estas operaciones para con la población local. Situaciones como las ocurridas en Cambodia, Timor Leste, Somalia, Burundi, la República Democrática del Congo, Liberia, Kosovo, Bosnia y Herzegovina, Sierra Leona o Guinea, por citar aquellas más documentadas, constituyen hechos reprobables desde cualquier óptica con que se aproxime alguien a la cuestión y en tal sentido deben ser incorporadas en las estrategias para trabajar la inclusión de las mujeres en el marco de la paz y la seguridad internacional.

Ahora bien, lo establecido en la Resolución 1325 ha sido complementado y expandido por medio de las Resoluciones 1820, del año 2008, y 1888 y 1889, ambas de 2009.

La Resolución 1820⁷¹⁵ condena el uso de la violación y otras formas de violencia sexual en situaciones de conflicto, declarando que la violación puede constituir un crimen de guerra, un crimen contra la humanidad o un acto constitutivo de un genocidio, y pide a los estados miembros enjuiciar a los autores de violencia sexual, para garantizar que todas las víctimas de esta violencia tengan igual protección ante la ley e igual acceso a la justicia. La Resolución 1888⁷¹⁶ por su lado complementa la 1820 y pide al Secretario General desplegar un equipo de expertos en el tema y que se nombre un representante especial para dirigir los esfuerzos para poner fin a la violencia sexual contra mujeres y niños en conflicto y se ocupe de situaciones particularmente preocupantes, colaborando con la presencia de las Naciones Unidas sobre el terreno y previo consentimiento del gobierno receptor, a fin de ayudar a las autoridades nacionales a reforzar el estado de derecho. La Resolución 1889⁷¹⁷ por su parte reafirma la 1325, instando a los estados a su implementación efectiva, y llama al SGNU a desarrollar una estrategia que incluya un adecuado entrenamiento, para aumentar el número de mujeres para ejercer buenos oficios en su nombre y para que en el plazo de seis meses presente indicadores de seguimiento de implementación de la 1325.

⁷¹² El 15 de abril de 2003, la Asamblea General aprobó la resolución 57/306, en que pedía al Secretario General que tomara medidas para prevenir la explotación y el abuso sexuales en las operaciones humanitarias y de mantenimiento de la paz y además pedía al Secretario General y a los países que aportan contingentes que hicieran rendir cuenta de sus actos al personal que los cometiera. El SGNU promulgó el 15 de octubre de 2003 normas detalladas en que se prohibían la explotación y el abuso sexuales y que son obligatorias para todos los funcionarios de las Naciones Unidas, cualquiera que sea su tipo de nombramiento. Doc. NU ST/SGB/2003/13.

⁷¹³ Doc. NU A/59/782

⁷¹⁴ Ello fue sobre la base del Informe que se encargó en 2004 al Príncipe Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein, Representante Permanente de Jordania, sobre “*Una completa estrategia para poner término en el futuro a la explotación y el abuso sexuales en las operaciones de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz*”. Doc. NU A/59/710

⁷¹⁵ Doc. NU S/RES/1820 (2008)

⁷¹⁶ Doc. NU S/RES/1888 (2009)

⁷¹⁷ Doc. NU S/RES/1889/2009

Ese Informe de indicadores fue presentado en abril de 2010⁷¹⁸ dando cuenta que todas las actividades de las entidades de las Naciones Unidas en el marco del Plan de acción de 2008-2009⁷¹⁹ para todo el sistema ONU se organizaron en torno a cinco ámbitos temáticos: prevención; participación; protección; socorro y recuperación; y aspectos normativos, estableciéndose respecto de cada una de las cuatro primeras cierto número de indicadores de vigilancia y entendiendo que el último es de carácter intersectorial y quedaría incorporado en los otros cuatro. Este trabajo fue el resultado de un proceso amplio e inclusivo para reunir información sobre los indicadores que se estaban utilizando en todo el sistema de las Naciones Unidas y que empleaban los gobiernos nacionales y otras organizaciones. Como resultado de esa actividad se determinó que existían más de 2.500 indicadores. En un amplio proceso interinstitucional se examinó ese conjunto inicial de indicadores y tras realizar evaluaciones completas se estableció una lista preliminar⁷²⁰. En las

⁷¹⁸ Doc. NU S/2010/173

⁷¹⁹ Doc. NU S/2007/567

⁷²⁰ Cada uno de los indicadores propuestos está vinculado a un objetivo concreto. En el pilar de Prevención los indicadores son: Indicador 1: Incidencia de la violencia sexual en los países afectados por conflictos; Indicador 2: Medida en que las misiones de mantenimiento de la paz y misiones políticas especiales de las Naciones Unidas incluyen en sus informes periódicos información sobre las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y niñas; Indicador 3 a): Número de violaciones de los derechos humanos de las mujeres y niñas que son denunciadas, remitidas a los órganos de derechos humanos e investigadas por éstos; Indicador 3 b): Inclusión de representantes de las organizaciones de mujeres y de la sociedad civil en el personal directivo y de gestión de los órganos de derechos humanos; Indicador 4: Porcentaje de casos denunciados de explotación y abuso sexual presuntamente cometidos por personal uniformado y civil encargado del mantenimiento de la paz y trabajadores humanitarios, que son remitidos a la justicia e investigados y sobre los que se adoptan medidas concretas; Indicador 5 a): Número y porcentaje de directrices para el personal de mantenimiento de la paz emitidas por los jefes de los componentes militares y de procedimientos operativos estándar que comprenden medidas para proteger los derechos humanos de las mujeres y niñas y 5 b): Número y porcentaje de manuales militares, marcos normativos de seguridad nacional, códigos de conducta y procedimientos operativos estándar o protocolos de las fuerzas de seguridad nacionales que comprenden medidas para proteger los derechos humanos de las mujeres y niñas; Indicador 6: Número y tipo de medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad en relación con la resolución 1325 (2000), incluidas las medidas encaminadas a prevenir y castigar las violaciones de los derechos humanos de las mujeres y niñas en situaciones de conflicto; e Indicador 7: Número y proporción de mujeres que ocupan cargos directivos en las organizaciones regionales pertinentes que se ocupan de la prevención de conflictos. Los indicadores correspondientes al pilar de la participación son: Indicador 8: Número y porcentaje de los acuerdos de paz que contienen disposiciones concretas para mejorar la seguridad y la condición de las mujeres y niñas; Indicador 9: Número y porcentaje de mujeres que ocupan altos cargos directivos en las Naciones Unidas en los países afectados por conflictos; Indicador 10: Grado de especialización en cuestiones de género en la toma de decisiones de las Naciones Unidas en los países afectados por conflictos; Indicador 11 a): Nivel de participación de las mujeres en las negociaciones de paz oficiales y 11 b): Presencia de las mujeres en cargos de observadoras oficiales o de carácter consultivo al comienzo y al final de las negociaciones de paz; Indicador 12: Nivel de participación política de las mujeres en los países afectados por conflictos; Indicador 13: Número y porcentaje de misiones del Consejo de Seguridad que tienen presentes en su mandato y en sus informes los problemas concretos que afectan a las mujeres y las niñas. El tercer pilar es la protección y en él se encuentran como indicadores: Indicador 14: Índice de seguridad física de las mujeres y niñas; Indicador 15: Medida en que las leyes nacionales protegen los derechos humanos de las mujeres y las niñas, de conformidad con las normas internacionales; Indicador 16: Nivel de participación de las mujeres en el sector de la justicia y la seguridad en los países afectados por conflictos; Indicador 17: Existencia de mecanismos nacionales de control de las armas pequeñas y armas ligeras; Indicador 18: Porcentaje de mujeres en la población adulta empleada en los programas para una pronta recuperación económica; Indicador 19: Número y porcentaje de casos de violencia sexual contra las mujeres y niñas que son remitidos a la justicia e investigados y sobre los que se pronuncia sentencia; e Indicador 20: Número y porcentaje de tribunales dotados para conocer casos de violaciones de los derechos humanos de las mujeres y niñas, con la debida atención a la seguridad de las víctimas. En el pilar del socorro y recuperación se observan los siguientes: Indicador 21 a): Mortalidad materna y 21 b): Tasas de matrícula en la enseñanza primaria y secundaria, desglosadas por sexo; Indicador 22: Medida en que se incorporan en los marcos de planificación estratégicos de los países afectados por conflictos análisis, objetivos, indicadores y presupuestos relacionados con el género; Indicador 23: Proporción de la financiación asignada y desembolsada por las organizaciones de la sociedad civil, incluidos los grupos de mujeres, que se dedica a las cuestiones de género en los países afectados por conflictos; Indicador 24: Monto efectivo de la financiación asignada y desembolsada para apoyar programas de socorro, recuperación, paz y seguridad en que se tengan en cuenta las cuestiones de género, en los países afectados por conflictos; Indicador 25 a): Número y porcentaje de mecanismos de la justicia de transición establecidos en los procesos de paz que comprenden en sus mandatos disposiciones para proteger los derechos y fomentar la participación de las mujeres y niñas y 25 b): Número y porcentaje de mujeres y niñas que se benefician de los programas de resarcimiento y tipos de beneficios recibidos; e Indicador 26: Número y porcentaje de mujeres excombatientes y de mujeres y niñas asociadas con las fuerzas o los grupos armados que se benefician de los programas de desarme, desmovilización y reintegración. Véase el detalle y desarrollo de tales indicadores en Doc. NU S/2010/173, párrafos 12-43. Se observa en ellos en todo caso la ausencia de algunos temas relevantes en el contexto de la seguridad internacional. Ejemplos son el tema de las mujeres como refugiadas y desplazadas; la cuestión de su consideración en los procesos de justicia transicional; o su participación en procesos políticos propios de las gobernanzas locales, cuestiones que quizás

consultas participaron expertos técnicos y representantes de la sociedad civil y de los Estados Miembros. Además, se celebraron consultas con altos funcionarios de entidades de las Naciones Unidas y también, de manera oficiosa, con miembros del Consejo de Seguridad. La lista de indicadores que figura en este informe representa por tanto la culminación de un proceso de consulta extenso, con una amplia participación de los interesados y abre espacio para que desde 2010 y en el marco de los diez años de la Resolución 1325, los organismos de la familia de NU y los países trabajen a partir de ellos para su plena implementación⁷²¹.

En los planos nacionales hay que constatar que los avances para la implementación han sido sustanciales en los casos en que se han dado, pero muy escasos en su número. Desde la aprobación de la Resolución 1325 pocos países han desarrollado un Plan Nacional de Acción para su implementación: Austria, Bélgica, Chile⁷²², Costa de Marfil, Dinamarca, España⁷²³, Filipinas, Finlandia, Holanda, Islandia, Liberia, Noruega, Portugal, Reino Unido, Suecia, Sierra Leona, Suiza,

pueden entenderse comprendidas en algunos de los indicadores citados pero que por su relevancia habrían ameritado tal vez una mención específica.

⁷²¹ Esta labor promovida por esta preocupación del CSNU por el tema no se ha desarrollado de forma aislada por el SGNU, sino que en los hechos involucra a buena parte de la institucionalidad que se vincula a derechos humanos. Un ejemplo es la llamada “Iniciativa de las Naciones Unidas contra la violencia sexual en los conflictos armados”, conocida como la “Iniciativa de la ONU” que, presidida por el PNUD, es una nueva y prometedora intervención. Se trata de una actividad concertada de 12 órganos de las Naciones Unidas destinada a mejorar la coordinación y la rendición de cuentas, ampliar la programación y las actividades de promoción, y respaldar las iniciativas nacionales de prevención de la violencia basada en el género y responder satisfactoriamente a las necesidades de los sobrevivientes. La Iniciativa es una respuesta a los llamamientos de organizaciones de derechos de la mujer, organizaciones no gubernamentales y sobrevivientes de violaciones para que se redoblen los esfuerzos por abordar la violencia basada en el género en un marco jurídico de situaciones de emergencia y humanitarias, y de derechos humanos. La Iniciativa de la ONU funciona mediante mecanismos de coordinación vigentes, incluido el Comité Permanente entre Organismos. Fortalece la labor del Grupo de protección humanitaria y presta apoyo a las iniciativas destinadas a poner fin a la explotación y el abuso sexual por parte del personal de las Naciones Unidas. Sus actividades tienen por objeto: prestar apoyo a la participación activa de mujeres en la prevención de conflictos y a su influencia significativa en las negociaciones de paz y los procesos de recuperación después de los conflictos; incluir el tema de la violencia sexual en los programas de todas las iniciativas posteriores a un conflicto financiadas por las Naciones Unidas dirigidas a la policía y las fuerzas de seguridad, la justicia y otros sectores gubernamentales; fortalecer el suministro de servicios a los sobrevivientes, incluidos la atención médica, la asistencia jurídica y el fomento de la seguridad económica necesaria para reconstruir sus vidas; y vincular la Iniciativa con los procesos de gobernanza y reforma que mejoran el acceso de las mujeres a la adopción de decisiones y fortalecen sus voces en los asuntos públicos con la visión a largo plazo de abordar los desequilibrios de poder relacionados con el género. Información disponible en <http://stoprapenow.org/about.html> (último acceso: 21 de abril de 2010). La Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico (CESPAP) al igual que la Comisión Económica y Social para Asia Occidental (CESPAO) han tomado la cuestión a través de incluirla en sus reuniones intergubernamentales o de la preparación de estudios, por ejemplo y en el marco de lo que es la inclusión del tema de la discriminación contra la mujer en sus ámbitos de actuar. El Fondo de Naciones Unidas para la Mujer (UNIFEM) por su lado ha facilitado la participación de los grupos de mujeres en la elaboración de programas de trabajo comunes para influir en los procesos de paz en Burundi, la región de Darfur, Guatemala, Rwanda, el Sudán, Uganda y el conflicto palestino-israelí. También ha prestado apoyo a los procesos de paz con una perspectiva de género en Burundi, Colombia, la República Democrática del Congo, Guatemala, Somalia, el Sudán y Uganda. El INSTRAW publica material informativo sobre el género y la reforma del sector de la seguridad, como primera respuesta a la necesidad de más información y asesoramiento sobre la aplicación, el seguimiento y la evaluación de los procesos desde una perspectiva de género. El material ofrece a los responsables de la formulación de las políticas y otros profesionales una introducción general sobre la importancia de las cuestiones de género en la reforma del sector de la seguridad, así como consejos prácticos sobre el modo de incorporar las cuestiones de género en las políticas y los procesos de reforma y aumentar la participación de la mujer como interlocutor clave en el sector de la seguridad. El Departamento de Asuntos Económicos y Sociales ha promovido activamente la participación de las organizaciones de mujeres (unas 300 organizaciones no gubernamentales y demás organizaciones de la sociedad civil) en el portal de consolidación de la paz, una base de datos interactiva en línea para las organizaciones que se ocupan de la prevención de los conflictos y la consolidación de la paz. Véase <http://www.peacebuildingportal.org/> (último acceso: 25 de abril de 2010)

⁷²² El Plan de Acción Nacional para la implementación de la Resolución del Consejo de Seguridad de la Organización de Naciones Unidas 1325/2000 “Mujeres, Seguridad y Paz” fue lanzado oficialmente en agosto de 2009 siendo coordinado por el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio de Defensa Nacional y el Servicio Nacional de la Mujer, contando con la participación para su elaboración de Instituciones Públicas (Ministerio de Educación, Ministerio de Salud, Ministerio de Planificación, Ejército de Chile, Armada de Chile, Fuerza Aérea de Chile, Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile, Estado Mayor de la Defensa Nacional, Centro Conjunto para Operaciones de Paz de Chile, Academia Nacional de Estudios Políticos y Estratégicos, Academia Diplomática de Chile) y de Instituciones No Gubernamentales (Instituto de Asuntos Públicos - Universidad de Chile, Corporación Humanas, Centro de Estudios Estratégicos - Universidad Arcis, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales FLACSO-CHILE).

⁷²³ El Plan de Acción del Gobierno de España para la Aplicación de la Resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (2000), sobre Mujeres, Paz y Seguridad, fue aprobado el 30 de noviembre de 2007 por el Consejo de Ministros.

y Uganda, y algunos ya han iniciado seriamente los trabajos para su materialización, como es el caso de Burundi, República Democrática del Congo, Ghana y Rwanda.

Pese a este escaso número, hay que ser justos con los méritos de la Resolución al venir a instalar de forma definitiva la cuestión del *género* en los trabajos para la construcción, el mantenimiento y la consolidación de la paz, lo que ha significado por ejemplo en la realidad que hoy sean algunas mujeres quienes encabezan por encargo del Secretario General algunas misiones de paz, como es el caso de la embajadora danesa Ellen Mergrethe Loj, nombrada su Representante Especial para Liberia⁷²⁴; Ameerah Haq, Jefa Adjunta, Coordinadora Humanitaria y Coordinadora Residente de la Misión en Sudán y actualmente su Representante Especial para Timor Leste⁷²⁵; o Bintou Keita, Representante Ejecutiva del Secretario General en Burundi⁷²⁶.

El segundo ámbito para desarrollar en este apartado es lo que toca a la inclusión del *género* en el marco del Derecho Penal internacional, mundo en el cual un primer gran logro se produce hace poco más de una década, cuando se aprueba el *Estatuto de Roma*⁷²⁷ que crea la Corte Penal Internacional y se incluye la obligación de tener en cuenta en la selección de los magistrados internacionales una “*representación equilibrada de magistrados hombres y mujeres*” como reza el artículo 36.8.a).III y por vez primera en un tratado de esa naturaleza se da una definición de *género*.

La definición está contenida en el artículo 7.3 en el marco de la regulación de los crímenes de lesa humanidad e indica que “*A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede*”. Fuera de este artículo, el Estatuto usa la expresión *género* en varias otras disposiciones: en materia del derecho aplicable⁷²⁸; a propósito de la regulación de la Fiscalía⁷²⁹; en las funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones⁷³⁰; y en lo que toca a la protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones⁷³¹.

⁷²⁴ Doc. NU SG/A/1101 AFR/1600 BIO/3943, de 24 de octubre de 2007.

⁷²⁵ Doc. NU SG/A/1206 BIO/4148, de 2 de diciembre de 2009.

⁷²⁶ Doc. NU SG/A/1104 AFR/1603 BIO/3946, de 24 de octubre de 2007.

⁷²⁷ Doc. NU A/CONF.183/9, de 17 de julio de 1998, enmendado por los “procès-verbaux” de 10 de noviembre de 1998, 12 de julio de 1999, 30 de noviembre de 1999, 8 de mayo de 2000, 17 de enero de 2001 y 16 de enero de 2002. Eln vigor el 1º de julio de 2002.

⁷²⁸ Artículo 21.3. “*La aplicación e interpretación del derecho de conformidad con el presente artículo deberá ser compatible con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, sin distinción alguna basada en motivos como el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, la edad, la raza, el color, el idioma, la religión o el credo, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, el nacimiento u otra condición*”.

⁷²⁹ Artículo 9. “*El Fiscal nombrará asesores jurídicos especialistas en determinados temas como, por ejemplo, violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños*”.

⁷³⁰ Artículo 54, 1 letra b) “*Funciones y atribuciones del Fiscal con respecto a las investigaciones 1. El Fiscal: b) Adoptará medidas adecuadas para asegurar la eficacia de la investigación y el enjuiciamiento de los crímenes de la competencia de la Corte. A esos efectos, respetará los intereses y las circunstancias personales de víctimas y testigos, entre otros la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, y tendrá en cuenta la naturaleza de los crímenes, en particular los de violencia sexual, violencia por razones de género y violencia contra los niños*”.

⁷³¹ Artículo 68. “*Protección de las víctimas y los testigos y su participación en las actuaciones. 1. La Corte adoptará las medidas adecuadas para proteger la seguridad, el bienestar físico y psicológico, la dignidad y la vida privada de las víctimas y los testigos. Con este fin, la Corte tendrá en cuenta todos los factores pertinentes, incluidos la edad, el género, definido en el párrafo 3 del artículo 7, y la salud, así como la índole del crimen, en particular cuando éste entrañe violencia sexual o por razones de género, o violencia contra niños. En especial, el Fiscal adoptará estas medidas en el curso de la investigación y el enjuiciamiento de tales crímenes. Estas medidas no podrán redundar en perjuicio de los derechos del acusado o de un juicio justo e imparcial ni serán incompatibles con éstos*”.

La definición de *género* del *Estatuto de Roma* ha sido objeto de fundadas críticas por la doctrina internacionalista preocupada de los temas de *mujeres y género* ya que, siendo justos con sus méritos, la verdad es que no dejó de lado las ambigüedades que la idea de *género* y su relación con *sexo* han tenido y tienen a la hora de ser abordadas por Naciones Unidas y que ya venían de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de 1995, sino que por el contrario parece haberlas agudizado, constituyendo en verdad lo que la doctrina llama el uso de la “ambigüedad constructiva” por parte de los negociadores, entendiendo que este término se utiliza en diplomacia para referir al uso de palabras ambiguas que dan consuelo a las diferentes partes que intervienen en el debate, promoviendo así el acuerdo⁷³².

A partir de las lecturas efectuadas y el propio tenor de los documentos internacionales que se han analizado a lo largo de esta investigación puedo indicar que estas críticas se reconducen a las siguientes: la fusión de las ideas de *género* y *sexo*, colapsando la primera a favor de una concepción biológica y estática; y la exclusión en la forma en que se concibe el *género*, de otras *identidades de género* y además de las diversas *orientaciones sexuales*. Sobre la segunda de estas críticas iré más adelante. Sobre la primera hago ahora algunas precisiones.

Como lo señala una participante del proceso de redacción y adopción del concepto de género en el *Estatuto*, la cuestión es si el uso de las expresiones “*los dos sexos, masculino y femenino*” hace colapsar la idea de género hacia la idea de sexo, lo cual no es nada menor pues indicará qué factores tendrá que tener en cuenta la Corte Penal al examinar los crímenes que juzgue y las necesidades de los testigos, por ejemplo⁷³³.

Al parecer, la lectura descontextualizada podría dar a entender que sólo deben ser considerado el *hombre* y la *mujer* como los dos sexos que existen, no teniendo *género* ningún significado que vaya más allá de lo biológico y por tanto no cabría entender que, por ejemplo, se incluya a los *transgéneros* o a los *hermafroditas* o *intersexuados*. Sin embargo, la lectura contextualizada justamente con la expresión “*en el contexto de la sociedad*” ha de llevar a que entonces lo biológico es un punto de partida pero no se configura como un determinismo con extremos en los que necesariamente haya que moverse. Frente a ello, parece que las opciones de la Corte Penal tendrían que girar entre estas indicadas, pronunciándose junto a la autora en el sentido favorable a la segunda por las dos razones que esgrime. En primer lugar, la historia de la elaboración del *Estatuto* muestra que no se pudo dejar establecido con acuerdo esta especie de determinismo biológico querido por algunos; y en segundo lugar, considerando el contexto que brinda el derecho internacional hay que tomar en cuenta la incorporación de la *perspectiva de género* en este trabajo.

⁷³² Oosterveld, V., “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for International Criminal Justice”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.18, 2005, p. 57. Una reseña sobre el proceso de negociación y su historia para incluir esta expresión véase específicamente en pp.58-66.

⁷³³ Oosterveld, V., “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court” (cit.), pp. 71-72.

Darle un interpretación así amplia a mi entender también resulta coherente con las disposiciones del régimen de Viena sobre interpretación de tratados y bajo la aceptación de la regla del efecto útil que debería darse a toda norma.

3. LA DISCRIMINACION POR SEXO AL HOMBRE.

Como bien apunta una destacada autora preocupada de las *mujeres* y el *género* y es una idea parte de la tesis que sigo, las políticas de transversalidad de género en Naciones Unidas se han hecho asumiendo que *género* es sinónimo de *mujer*, lo que es influencia de lo que ha sido la labor del ECOSOC y su definición al respecto y además del trabajo en el marco del sistema de protección de derechos humanos de la organización⁷³⁴.

En consonancia con la misma especialista y como he venido señalando, esta reducción es errada y causa problemas, especialmente porque transforma a la categoría *género* en una construcción fija sobre la persona, dejando de lado las construcciones de *género* que se modelan en particular, incluyendo aquellas que causan alguna controversia y dejando de lado todas las manifestaciones de *sexualidad* diferente que pueden emanar de un hombre.

Prueba clara de que se trata de conceptos diferentes en verdad está en algunos instrumentos que a pesar de enmarcarse en esta asimilación, dejan ver que se entiende que en verdad *sexo* y *género* son cosas diferentes: una biológica y la otra social.

Un claro ejemplo está en el reciente documento *Estrategia para incorporar el análisis y las acciones de género en las actividades de la OMS* de 2009, que indica en su número 6 que “*Para garantizar que mujeres y hombres de todas las edades gocen de iguales oportunidades de disfrutar de equidad sanitaria y del mejor estado de salud que les sea posible alcanzar, es preciso que el sector de la salud reconozca que son distintos desde el doble punto de vista del sexo y del género. En razón de sus diferencias sociales (de género) y biológicas (de sexo), las mujeres y los hombres afrontan distintos riesgos sanitarios, reciben respuestas diferentes de los sistemas de salud y se distinguen en los comportamientos saludables que adoptan y los resultados sanitarios que obtienen*”⁷³⁵. Este mismo texto en otras partes también deja ver claramente que, para la OMS al menos, existen diferencias entre lo que es el *sexo* y el *género* de cada persona y esas diferencias son relevantes en las estrategias de salud⁷³⁶.

En la misma línea, el gran avance lo ha dado el último informe del *Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, de julio de 2010 y ya citado, que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral⁷³⁷. En el documento el *Relator Especial* indica que “*quiere dejar en claro que las cuestiones de género no son exclusivas de las mujeres, sino que abarcan*

⁷³⁴ Charlesworth, H., “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations” (cit.), p. 14.

⁷³⁵ Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243597706_spa_Text.pdf (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁷³⁶ Véanse por ejemplo los párrafos 10, 11 y 15. Disponible en: http://whqlibdoc.who.int/publications/2009/9789243597706_spa_Text.pdf (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁷³⁷ Doc. NU A/65/162

*también a los hombres, quienes se pueden beneficiar de mandatos menos rígidos y de relaciones más igualitarias. Cuando el Relator Especial se refiere a la necesidad de incorporar una perspectiva de género en la programación y el diseño curricular de la educación sexual, la misma debe incluir de manera explícita la dimensión de las masculinidades. Esto resulta estratégico para asegurar el cambio cultural que los derechos humanos exigen de nuestras sociedades, ya que la educación para la sexualidad tiene también como finalidad construir los afectos y desarrollar un papel transformador en los hombres, yendo más allá de lo estrictamente genital y físico*⁷³⁸ (el destacado es mío). Claramente la actualidad del documento, presentado en la Asamblea General en octubre de 2010, traerá nuevos aires a una cuestión que no es suficientemente reconocida, con todo y los avances que la misma puede suponer.

En efecto, pese a esto, en otros ámbitos es patente que *género* es considerado sólo sinónimo de *mujer*, y que cuando se habla de *perspectiva de género* es en realidad una preocupación centrada en la mujer. Por ejemplo, en el documento informativo *Igualdad de Género y el PNUD*⁷³⁹ se remite constantemente a situaciones fácticas de mujeres y cuando se deriva a mayor información se deja claro que está orientado a mujeres al referir a temas que tienen que ver con ellas, como lo es la mejora en su empoderamiento⁷⁴⁰.

Sin embargo y si bien el PNUD centra el tema en la mujer, un avance ya lo he notado en el reseñado documento *Empoderadas e Iguales. Estrategia de Igualdad de Género 2008-2011*⁷⁴¹ cuando reconoce que los términos “*género*” e “*igualdad de género*” se refieren tanto a los hombres como a las mujeres, y las relaciones entre ellos, pese a lo cual la estrategia de igualdad de género se centra en la mujer por la histórica situación de desventaja y discriminación que ha padecido, sin negar que pueden realizarse actividades que respondan a las necesidades concretas de los hombres, “*en los casos en que hacerlo contribuirá a la igualdad de género*”, lo cual lleva a la consideración preferente que tiene la mujer en el sistema⁷⁴².

En el ámbito de la doctrina consultada para esta investigación en tanto hay alguna, aunque desde el mundo de lo constitucional, que se apunta partidaria de que *discriminación por sexo* sólo se haga sinónima de las diferencias injustificadas que afectan a las mujeres, con el argumento de que “si la prohibición tiene su razón de ser en la voluntad de terminar con “históricas” situaciones de

⁷³⁸ Doc. NU A/65/162, párrafo 22.

⁷³⁹ Disponible en: <http://www.undp.org/publications/fast-facts/FF-gender-es.pdf> (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁷⁴⁰ Véase <http://www.undp.org/women/> (último acceso: 25 de febrero de 2010)

⁷⁴¹ Disponible en <http://www.undp.org/women/docs/GES2008-Esp.pdf> (último acceso: 21 de abril de 2010)

⁷⁴² Párrafo 5: “Los términos “*género*” e “*igualdad de género*” se refieren tanto a los hombres como a las mujeres, y las relaciones entre ellos. No obstante, por lo general debe prestarse atención especial a las necesidades y contribuciones de las mujeres a fin de abordar las diferencias por motivos de género, las políticas desiguales y la discriminación que históricamente han puesto a las mujeres en situación de desventaja y han distorsionado el desarrollo de todas las sociedades. Así pues, la estrategia de igualdad de género se centra en la obligación del PNUD de prestar apoyo a la capacidad nacional a fin de promover el empoderamiento de la mujer para alcanzar la igualdad de género, lo que beneficiará a la sociedad en general. No obstante, esto no excluye las actividades que responden a las necesidades concretas de los hombres, en los casos en que hacerlo contribuirá a la igualdad de género”.

inferioridad, en la vida social y jurídica, motivadas por razón de género, sólo podría hablarse en correcta técnica constitucional de discriminación por razón de sexo a la mujer, no al hombre”⁷⁴³.

Veo en esta línea argumentativa la clásica confusión y reducción de conceptos que se presenta en lo cotidiano y aún en lo jurídico en todo aquello que tiene que ver con la *sexualidad* y cómo esta se integra y forma en perspectiva identitaria y de derechos, estimando que existen argumentos normativos, jurisprudenciales e institucionales para confirmar lo errado de caer en esta confusión y reducción, lo que en caso alguno supone negar o desconocer que hemos sido y somos las mujeres las principales víctimas de discriminación.

Efectivamente, la propia institucionalidad internacional concibe y consagra la igualdad de hombres y mujeres como premisa. El Comité que vela por el PIDCP ha dicho en su Observación General N° 19, sobre Protección de la familia, derecho al matrimonio e igualdad de los esposos, del año 1990, que “*debe prohibirse todo trato discriminatorio en lo que respecta a los motivos y los procedimientos de separación o de divorcio, la custodia de los hijos, los gastos de manutención o pensión alimentaria, el derecho de visita, y la pérdida y la recuperación de la patria potestad, teniendo en cuenta el interés primordial de los hijos a este respecto. En particular, los Estados Partes deberían incluir en sus informes información sobre las normas adoptadas para dar a los niños la protección necesaria en caso de disolución del matrimonio o de separación de los cónyuges*”⁷⁴⁴, interpretación del artículo 23 del Pacto en virtud de la cual las legislaciones nacionales que otorgan *per se* una cierta preferencia a la madre en procedimientos de tuición de hijos en casos de separación de los padres, estarían constituyendo una discriminación por su *sexo* en perjuicio del padre. Un ejemplo puedo ver en el artículo 225 del Código Civil chileno que data de 1855 y que entrega esta tuición a la mujer⁷⁴⁵. En situaciones como ésta - de separación de los padres

⁷⁴³ Santiago, K., “Discriminación laboral contra la mujer en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en Soroeta, J., *Los Derechos de la Mujer*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, p. 53.

⁷⁴⁴ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I)

⁷⁴⁵ El artículo 225 del Código civil chileno señala que “*Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido, u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo acuerdo o resolución será inoponible a terceros*”. Al tenor de los desarrollos de la sociedad, de otros órdenes nacionales y viendo los compromisos jurídicos internacionales suscritos por Chile, esta norma parece contraria al orden de derechos humanos y discriminatoria a los derechos de los hombres, razón por la cual se ingresó el 11 de julio de 2007 en el Senado del país un Proyecto de Ley en cuya fundamentación se señalaba que: “...No existen en nuestra sociedad actual razones para sustentar esta preferencia entre la madre y el padre en la materia de tuición. Mas aún existen numerosos estudios que reafirman que el padre es vital en todo lo que dice relación con el cuidado personal de los hijos, y su presencia constante puede evitar incluso riesgos de drogadicción y alcoholismo. La actual normativa entonces, que opta por la madre como titular de la tuición no tiene ningún argumento de peso para concluir que el padre no puede estar en iguales condiciones que la mujer para tener el cuidado personal de los niños lo que debe ser corregido, permitiendo que los padres que estén mas capacitados que la mujer para atender las necesidades de sus hijos puedan de derecho ejercerla. Las diversas legislaciones extranjeras como la alemana, entregan al juez un rol preponderante al decidir la custodia del menor, considerando el bienestar del niño con consideración de sus vínculos con los padres y hermanos, La jurisprudencia del Tribunal Supremo Alemán exige que el juez de familia se plantee la pregunta por “la decisión que mejor contribuye al desarrollo y educación de una persona responsable de si misma y capaz de desenvolverse en sociedad”. Una solución similar a la alemana se adoptó en Francia donde la ley establece que en caso de separación, la tuición corresponde a ambos padres en común y a falta de acuerdo o si el acuerdo le parece contrario al interés del niño, el juez decide en su solo interés”. Lamentablemente este proyecto fue archivado el 17 de marzo de 2010. El nuevo artículo 225 que se proponía era del siguiente tenor: “*Si los padres viven separados mediante escritura*

- entiendo que debería primar siempre la idoneidad y aptitud de cada uno de los padres y no otro tipo de factores basados en estereotipos o roles previamente asignados a cada progenitor sin olvidar la necesaria conciliación que se deberá hacer con el principio rector del interés superior del niño, niña o adolescente y, en ese marco, su derecho a ser oído en todo procedimiento que lo afecte⁷⁴⁶.

Confirmando entonces plenamente el error que supone la reducción de conceptos entre *sexo* y *género* y la exclusión de los asuntos de *hombres* en este ámbito, haré ahora referencia a alguna jurisprudencia internacional, emanada del mismo Comité de Derechos Humanos, que se ha pronunciado en casos en que han sido hombres quienes han reclamado una discriminación fundada en su *sexo*, lo que ha ocurrido principalmente en materias relacionadas a familia y paternidad, a seguridad social o en el acceso a cargos públicos, no siempre con resultado favorable a la pretensión del hombre reclamante, pero mostrando en algunos casos que *sexo* debe incluirlos tanto como a las mujeres⁷⁴⁷. Tomaré específicamente ejemplos de esta jurisprudencia en los ámbitos que me parecen más relevantes: las relaciones de familia y las prestaciones de seguridad social⁷⁴⁸.

pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar a cual de los padres corresponde el cuidado personal de uno o más hijos. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades. En caso de no haber acuerdo entre los padres en esta materia, será el juez correspondiente quien atendido el interés superior del niño, y habiendo escuchado su opinión deberá entregar el cuidado personal de éste al padre que se encuentre mas facultado para esta función. En todo caso, el juez podrá entregar el cuidado personal de el o los menores a ambos padres, cuando éstos se encuentren igualmente habilitados para dicho cuidado, para que la tuición sea alternada entre ellos. No se podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiese contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo. Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución será inoponible a terceros”.

⁷⁴⁶ Convención de los Derechos del Niño. Artículo 3.1. “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Artículo 12. “1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

⁷⁴⁷ En los ámbitos nacionales un reciente caso ha sido el de un abogado inglés quien ganó un juicio en que alegó que su despido había sido injustificado y se había basado sólo en su condición de hombre. Los hechos se sucedieron a partir de la evaluación comparativa que se efectuó a él y a una mujer del mismo estudio, quien había estado fuera del trabajo por licencia maternal. A pesar de no haber trabajado en el último tiempo se le evaluó positivamente y a él de forma más baja y fue él el despedido, por el temor del empleador de ser acusado de discriminarla por su sexo y su maternidad si decidía que ella debía dejar el empleo. El caso fue llevado por el abogado afectado ante los tribunales ingleses competentes quienes decidieron que el despido no tuvo motivos sólidos, ordenando el pago de una indemnización. Si bien el caso fue resuelto en mayo de 2010 y aún debe pasar entonces otras instancias internas para encontrarse firme la decisión, es un paso importante y un reconocimiento de que a veces los hombres sí pueden ser discriminados por razón de sexo. Fuente: <http://www2.esmas.com/noticierostelevisa/investigaciones-especiales/167790/discriminacion-sexual-problema-tambien-masculino> (último acceso: 22 de mayo de 2010)

⁷⁴⁸ En el sistema regional europeo también se encuentran casos de hombres alegando ser discriminados en situaciones que tienen que ver directamente con su *sexo*. Dos de estos casos merecen alguna referencia. Estos son el *Caso Van Raalte contra Países Bajos* (Application no. 20060/92) y el *Caso Zaunegger contra Alemania* (Application no. 22028/04).

En el primero de ellos, resuelto por sentencia del TEDH de 21 de febrero de 1997, el solicitante era un ciudadano holandés, soltero y sin hijos, quien alegó por la norma interna que establecía el pago de un tributo en el marco de la *General Child Care Benefits Act*, el cual no era aplicable a las mujeres solteras y sin hijos del mismo rango de edad, estimando que ello era una violación del derecho a no ser discriminado por razón de sexo del artículo 14, en relación con el derecho a la propiedad del artículo 1° del Protocolo N° 1 al CEDH. A pesar de que hubo una reforma interna para adecuar la discriminatoria legislación luego de que el solicitante iniciara sus reclamos en el derecho interno, el Estado defendió la aplicación del tributo por estimar que no había ninguna situación que fuera injustificada o carente de razonabilidad. En su sentencia el tribunal estimó violado ambos artículos si bien no accedió a la petición de que se le pagara por el daño pecuniario y moral sufrido, estimando que la sentencia en sí misma era una forma de satisfacción. Es interesante al leer esta sentencia en su versión oficial en inglés como se usan de forma indistinta las expresiones “sex” y “gender”, dando la idea de que es sinónimo la discriminación por una u otra. Por ejemplo, véanse los párrafos 39 y 40. En el segundo y más reciente caso, fallado en sentencia del 3 de diciembre de 2009 causando gran revuelo mediático entre los defensores de la igualdad entre padres y madres no casados entre sí en la determinación de los derechos sobre los hijos comunes, se trató de un padre de una hija menor nacida fuera del matrimonio que estimó que la decisión de privarlo de la custodia conjunta con base en la legislación de familia nacional que entre otros puntos privilegiaba en esos casos la custodia por parte de la madre con argumentos biológicos, afectaba su derecho a protección de la vida familiar del artículo 8° en relación al artículo 14 por entender que esta privación era una

En primer lugar, sobre la discriminación de hombres en materia de familia el *Caso de Balaguer Santacana contra España*⁷⁴⁹ resulta importante. Si bien no es el único caso en que el Comité ha fallado asuntos relacionados con una pretendida discriminación a un padre o madre en la determinación de la custodia de su hijo o hija, es el único en que el padre ha argumentado discriminación por razones de *sexo*. Tras la separación de su pareja, el reclamante fue autorizado por el juzgado pertinente para ver a su pequeña hija de un año de edad durante un día a la semana, en tanto su ex pareja obtuvo la custodia de la niña durante el resto del tiempo. Al tiempo y tras producirse una emergencia médica, el padre mantuvo a la niña en su custodia durante cuatro días, ante lo cual su ex pareja se negó a dejarlo verla nuevamente y desde esa época hasta la comunicación al Comité la pareja había llegado a litigar antes tribunales, en un proceso que estimaba lo perjudicaba a él y a su hija afirmando que la práctica de los tribunales de España de entregar la custodia de un niño casi siempre a la mujer, constituía una preferencia a favor de las madres. El Comité unió este argumento al artículo 26, no obstante que el autor no lo invocó directamente y dictaminó que: “...*Otra cuestión es si la decisión sobre la guarda y los derechos de acceso en este caso se han basado en distinciones hechas entre padres y madres y, de ser así, si estas distinciones se basan en criterios objetivos y razonables, en aplicación del artículo 26 del Pacto... después de examinar la documentación presentada, el Comité llega a la conclusión de que en las circunstancias del presente caso no se plantean las cuestiones previstas en el artículo 26. No hay indicios de que las autoridades españolas hayan tratado al autor arbitrariamente y sobre la base de criterios no razonables o de que el autor haya recibido un trato diferente al de otros que se encuentran en una situación análoga*”⁷⁵⁰. Este dictamen toma entonces por fundamento el que el trato dado por el estado al padre a la hora de decidir sobre la custodia de su hija, no es considerado como subjetivo, poco razonable o diferente al trato otorgado a otros en su misma situación, sin especificar las razones por las cuales la distinción entre la madre y el padre no constituye discriminación en las circunstancias del caso. Este caso es de gran importancia y viene bien rescatarlo cuando se aborda la cuestión de la discriminación de *hombres* en este ámbito, tema cada vez más recurrente cuando se mira como parte de la sociedad civil se viene organizando frente a los muchos padres en el mundo que alegan más y mejores derechos en cuanto a la custodia de sus hijos⁷⁵¹.

discriminación sin causa objetiva y razonable que lo ponía en situación diferente de las madres y también respecto de los padres casados. En su decisión el TEDH hizo incapié en la importancia de los lazos afectivos a la hora de entender constituida una familia en que no exista matrimonio entre los padres, señalando que en cada caso había que ver cómo cada estado aplicaba la legislación de familia en las situaciones particulares y estimó que en este el padre recibía un trato menos favorable que la madre y que los padres casados, a pesar de que había demostrado los lazos que lo unían a su hija menor con quien había vivido hasta la separación afectiva con la madre. Así estimó violado el artículo 14 en su relación con el artículo 8° y también consideró que la sentencia en sí misma era una forma de satisfacción por los daños sufridos.

Sentencias disponibles en <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=53647317&skin=hudoc-en> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁷⁴⁹ CCPR/C/51/D/417/1990.

⁷⁵⁰ CCPR/C/51/D/417/1990, párrafos 10.1 y 10.6.

⁷⁵¹ Otro caso referente a temas de familia es el *Caso Müller y Engelhard contra Namibia* (CCPR/C/74/D/919/2000), resuelto en marzo de 2002 por el Comité. El caso fue promovido por una pareja matrimonial que argumentó que las dificultades impuestas por la ley para que el hombre adoptara el apellido de su cónyuge mujer eran discriminatorias, en la medida de que ella podía adoptar el

En segundo lugar, tema importante es la discriminación de hombres en el ámbito de la seguridad social. En este ámbito, el primer hombre en someter una comunicación a la consideración del Comité, basada en una presunta discriminación por sexo fue el catedrático universitario Dietmar Pauer en el *Caso Pauer contra Austria*⁷⁵², resuelto en 1992. Los hechos tienen que ver con su condición de viudo de una funcionaria pública, fallecida en 1984, fecha a la cual la legislación de seguridad social vigente establecía que las viudas recibían una pensión sin importar sus ingresos, mientras que los viudos sólo podían recibir una pensión si es que no tenían otra fuente de ingresos. El autor se encontraba empleado en esa fecha y por ende su solicitud de pensión de viudez fue denegada. Un año después, en 1985, Austria modificó la referida legislación para contemplar pagos retroactivos a viudos a partir de ese momento. Sin embargo, el plan para igualar el status de viudas y viudos estaba programado para llevarse a cabo en forma paulatina y a lo largo de diez años. Los primeros cuatro años los viudos recibirían un tercio de la suma correspondiente y durante los siguientes seis años recibirían dos tercios, hasta completar el cien por ciento a partir de 1995. Pauer argumentó que la única razón por la cual no recibía una pensión completa era su sexo y que no había criterios objetivos y razonables para justificar eso. El Comité, luego de hacer referencia a dos casos en que mujeres habían reclamado por discriminación en este ámbito⁷⁵³, estableció que si bien el artículo 26 no contiene en sí mismo ninguna obligación respecto de las cuestiones que deberían estar contempladas en la legislación y en esa lógica, no exige a ningún Estado que promulgue una legislación en materia de pensiones, si legislación se aprueba debe estar de acuerdo con el mismo artículo, es decir, no ser discriminatoria. Reiterando que “*mantiene su jurisprudencia uniforme de que el derecho a la igualdad ante la ley y a igual protección de la ley sin ninguna discriminación no hace que todas las diferencias de trato sean discriminatorias. Una diferenciación basada en criterios razonables y objetivos no equivale a una discriminación prohibida en el sentido del artículo 26*”⁷⁵⁴, resolvió a favor del autor dictaminando que Austria había violado el artículo 26 del Pacto estableciendo que: “*Ello significa en efecto que hombres y mujeres, cuyas circunstancias sociales son similares, son tratados de forma diferente simplemente*

apellido de su cónyuge sin mayores trámites. Si bien la comunicación no fue interpuesta por él sino por ambos, es relevante su mención acá porque contiene una supuesta discriminación en contra del cónyuge varón. En su defensa Namibia accedió a que había en su legislación una distinción por sexo, pero argumentó que ésta era objetiva y razonable porque apuntaba a lograr la seguridad jurídica al cumplir funciones económicas, sociales y jurídicas, y además formaba parte de una larga tradición social en el país. Al dictaminar el Comité estableció que: “...*todo trato distinto que se base en los motivos enumerados en la segunda frase del artículo 26 del Pacto impone al Estado Parte la carga onerosa de explicar el motivo de la diferenciación*” y dictaminó que: “*Dada la importancia del principio de igualdad entre el hombre y la mujer, por lo general tampoco se puede invocar el argumento de una inveterada tradición para justificar un trato diferente entre hombre y mujer que es contrario al Pacto. No puede considerarse razonable supeditar la posibilidad de elegir el apellido de la mujer como apellido familiar a un procedimiento más riguroso y menos ágil que su alternativa (la elección del apellido del marido); sea como fuere, el motivo de la distinción no es lo suficientemente importante como para primar sobre el criterio del género que, por lo general, está excluido. En consecuencia, el Comité considera que los autores han sido víctimas de discriminación y de la violación del artículo 26 del Pacto*” (el destacado es mío). Valen mencionar como circunstancias destacables de este caso que se encontró una violación del artículo 26 no sólo con respecto al hombre sino también de la mujer y que se usó expresamente la palabra *género*. Habría que suponer que el origen de la discriminación en este caso es entonces el *rol de género* asignado a cada sexo tanto en el contexto del matrimonio como en la sociedad en general, a partir de cual se explicaría por qué los argumentos de seguridad jurídica ofrecidos por el Estado para justificar el procedimiento de cambio de nombre aplicado al varón, no se aplicarían a las mujeres que desean adoptar el apellido de sus maridos.

⁷⁵² CCPR/C/44/D/415/1990

⁷⁵³ *Caso Broeks contra los Países Bajos* (CCPR/C/29/D/172/1984) y *Caso Zwaan de Vries contra los Países Bajos* (CCPR/C/29/D/182/1984)

⁷⁵⁴ CCPR/C/44/D/415/1990, párrafo 7.3.

por motivos de sexo. Esa diferenciación no es razonable, como implícitamente reconoce el Estado Parte cuando indica que el fin último de la legislación es lograr en 1995 la plena igualdad entre hombres y mujeres”⁷⁵⁵. Este dictamen ratifica así entonces que las distinciones basadas puramente en el sexo de la persona no pueden ser consideradas razonables y se empieza a sentar en la jurisprudencia del Comité la idea de que el sexo de la supuesta víctima es una categoría sospechosa en cuanto criterio de diferenciación.

Seis años después de su comunicación inicial, Pauger volvió a dirigirse al Comité, quien conoció su segundo caso tras ser declarado inadmisibile por la Comisión Europea de Derechos Humanos por estimar que se alegaban los mismos hechos ya ventilados ante otra instancia internacional. El autor se volvió a casar y de acuerdo a la legislación vigente sobre pensiones de viudez le correspondía un pago único de setenta pensiones mensuales. En el caso del autor, este monto fue calculado en 1991 sobre la base de los dos tercios de la pensión completa que le correspondía de acuerdo con el dictamen anterior del Comité. Este caso se falló en 1999⁷⁵⁶, cuatro años después de que se igualaron las condiciones entre viudas y viudos en Austria, por lo cual el estado alegó que aquí no hubo violación del artículo 26 porque la disposición en cuestión se había modificado completamente. Sin embargo, el Comité estimó que el estado sí había infringido el artículo 26, de nuevo cometiendo discriminación por motivos de sexo, y que debía compensar al autor por los daños económicos sufridos⁷⁵⁷.

⁷⁵⁵ CCPR/C/44/D/415/1990, párrafo 7.4.

⁷⁵⁶ CCPR/C/65/D/716/1996

⁷⁵⁷ Otras denuncias en este ámbito son las que han motivado los casos *J.H.W.* (CCPR/C/48/D/501/1992); *H.J. Pepels* (CCPR/C/51/D/484/1991) y *A.P. Johannes Vos* (CCPR/C/66/C/786/1997), todos contra Países Bajos.

El primero de ellos fue promovido por un adulto mayor sin hijos, quien objetó que se le cobraran impuestos para contribuir a fondos de beneficios para niños considerando que a las mujeres sobre la edad de 45 que no tenían hijos, se eximían de este pago. Argumentó a su favor que la disposición tributaria carecía de razonabilidad porque las mujeres mayores de 45 podían adoptar hijos y porque los hombres mayores de 45 tenían pocas probabilidades de ser padres nuevos. Desgraciadamente en este caso no hubo un pronunciamiento sobre el fondo por parte del Comité pues la exención fue derogada por el Estado en cuestión tres años antes de la denuncia lo que motivó que fuera declarada inadmisibile, declarando en el párrafo 5.2: “...en 1989 el Estado Parte decidió derogar la exención impugnada en la presente comunicación. Teniendo en cuenta que, por lo general, la legislación en materia de seguridad social y su aplicación van a la zaga de la evolución socioeconómica de la sociedad y que el propósito de la exención suprimida no se consideraba usualmente discriminatorio durante la vigencia de ésta, el Comité considera que la cuestión planteada por el autor en su comunicación no es jurídicamente admisible y que el autor no tiene derecho a ningún recurso sobre la base del artículo 2 del Protocolo Facultativo”. El tenor de su argumentación puede dar a entender que si existe respaldo de la sociedad para el establecimiento de medidas de seguridad social que son discriminatorias podrían estimarse permitidas sin importar si son objetivas o razonables.

El caso *H.J. Pepels contra Países Bajos*, fue promovido por un hombre que enviudó en 1978 quedando con la responsabilidad de criar solo a sus cuatro hijos pequeños y sin postular a un subsidio estatal a favor de sus hijos pues dicho subsidio se pagaba sólo a las viudas en su misma situación. En 1988 la autoridad holandesa enmendó la ley por encontrar que esta disposición era contraria al artículo 26 del Pacto, ante lo cual el autor postuló para recibir pagos retroactivos. Luego de un largo proceso interno sobre si procedían o no pagos retroactivos como él reclamaba, el estado resolvió que correspondían pagos retroactivos desde el 23 de diciembre de 1984, por ser este el plazo final impuesto por la Comunidad Europea para la derogación de toda discriminación entre hombres y mujeres. El autor alegó ante el Comité que dicho fallo era arbitrario, debido a que la Comunidad Europea no tenía las facultades para decidir acerca de la aplicación de un tratado de Naciones Unidas y se usó esa fecha por razones prácticas. Además argumentó que los trece años entre que el Estado firmó el Pacto y lo ratificó eran bastantes como para ajustar la legislación interna a las exigencias del tratado. El Estado contraargumentó que en la fecha de aplicación de la legislación (1978), la distinción entre viudos y viudas era objetiva y razonable y que no debía ser juzgado de acuerdo con lo vigente al tiempo del dictamen del Comité (1994). El Comité señaló que cuando el autor postuló para recibir los beneficios, la legislación discriminatoria ya había sido derogada y por ende no se le discriminó en ese momento; que pese a que la legislación en cuestión efectivamente era contraria al artículo 26 del Pacto, nunca se le aplicó al reclamante pues éste nunca postuló para recibir los beneficios durante su vigencia y por consiguiente el Comité no podía pronunciarse sobre los pagos retroactivos entre 1978 y 1987: y que la retroactividad de los pagos se aplicó por igual a hombres y mujeres. Con tales razonamientos la comunicación fue rechazada pues se estimó que los hechos no violaron el Pacto.

El último caso que menciono en torno a discriminación contra hombres en el ámbito de la seguridad social, es el de *A.P. Johannes Vos contra Países Bajos*, dictaminado cuatro meses después del segundo caso Pauger. El Sr. Johannes Vos sometió a la consideración del Comité una comunicación alegando discriminación en la forma de cálculo de las pensiones recibidas por

Desde el punto de vista ahora institucional y para finalizar este apartado, me refiero a la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las Formas conexas de intolerancia de Durbán que sirve como ejemplo de esta cuestión cuando se le otorga a *género* un significado específico para los fines de su *Declaración y Plan de Acción* estableciendo que queda entendido que el término *género* se refiere a ambos sexos, varón y mujer, en el contexto de la sociedad, sin que indique ningún otro significado distinto del expuesto⁷⁵⁸. Asimismo, en la tercera parte del *Plan de Acción*, relativa a las medidas de prevención, educación y protección destinadas a erradicar las prácticas discriminatorias, se insta a los estados en el párrafo 59 a que “*incorporen una perspectiva de género en la formulación y preparación de medidas de prevención, educación y protección encaminadas a la erradicación del racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia a todos los niveles, a fin de poder hacer frente con eficacia a las distintas situaciones de las mujeres y los hombres*” (el destacado es mío).

Los casos y ejemplos que he reseñado permiten posicionarme en la cuestión en el sentido “pro persona”; es decir, desde la óptica que mira que tanto *hombres* como *mujeres* pueden ser víctimas de discriminación por su *sexo* y que en esto hay que avanzar aún bastante en el Derecho Internacional pues es ineludible concluir que cuando se habla de discriminación por *sexo*, se piensa de inmediato en las mujeres y sus circunstancias, no debiendo agotarse en ellas el tema pues no es el único *sexo*, recordando además que como dije en el capítulo primero, la realidad y la ciencia prueban que hay personas que se encuentran en un cierto lugar, en un continuo de las diferencias entre hombres y mujeres, no siendo tan claro que en cada individuo se presenten de forma absoluta los componentes de cada *sexo*⁷⁵⁹ y por otro lado teniendo presente que los estereotipos afectan también a hombres con lo cual el concepto de *género* no puede sólo asociarse a temas de mujeres, si bien claramente “ellos” están en una condición más cercana a la igualdad que “ellas” cuando padecen discriminaciones por su *sexo* o por su *género*.

Mirando la vida diaria, no puede olvidarse que en materia laboral, por ejemplo, ciertos empleos sólo se asocian a mujeres o preferentemente a nosotras, restringiendo el acceso a los hombres y generando a veces situaciones de incomodidad social que pueden llegar a constituirse en verdadera discriminación cuando hombres acceden a ellos, tales como los oficios de peluquería,

funcionarios públicos casados, hombres y mujeres. Supuestamente se habría dado esta discrepancia en la forma de calcular los montos de los pagos, al intentar el Estado igualar los derechos de la mujer a los del hombre en este ámbito. En la superposición de los dos sistemas de pensiones a los que tenían derecho los funcionarios públicos, resultó que las mujeres casadas recibían una mayor pensión que los hombres casados. Al resolver, el Comité señaló que: “*La pensión pagada al autor como ex funcionario público casado, como pensión devengada antes de 1985, es inferior a la pensión pagada a una ex funcionaria pública casada, como pensión devengada en la misma fecha. El Comité opina que esto representa una violación del artículo 26 del Pacto*”.

⁷⁵⁸ “*Reafirmando que los Estados tienen el deber de proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las víctimas, y que deberían aplicar una perspectiva de género que reconozca las múltiples formas de discriminación que pueden afectar a las mujeres...*”. Preámbulo de la Declaración y Programa de Acción de Durbán en Informe de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de Intolerancia. DOC. UN A/CONF.189/12.

⁷⁵⁹ Emblemático es el caso de Caster Semenya, atleta de origen sudafricano, quien se presentó y compitió como mujer durante el Campeonato Mundial de Atletismo de Berlín en 2009 y respecto de quien al tiempo se supo que tiene órganos sexuales masculinos y femeninos, provocando conmoción mundial y una serie de episodios que bien pueden estimarse discriminatorios a su identidad, empezando por el acoso mediático del tema en los últimos meses.

estilismo o moda, o labores del hogar por cuenta ajena, o en los planos más formales el campo de las secretarías o las enfermeras, por ejemplo.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPÍTULO.

En este capítulo se ha pretendido mostrar la importancia que en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha tenido y tiene la lucha contra todas las formas de discriminación, especialmente contra una de las más odiosas y extendidas en el tiempo y el espacio como es la que afecta a las mujeres.

Esta lucha se ha desarrollado en diferentes frentes, desde aquellos de valor vinculante para los Estados que así lo aceptan, a través de tratados y sus mecanismos, hasta aquellos que no siendo técnicamente un instrumento de valor normativo relevante, han recogido los aportes normativo-formales para avanzar políticamente en un camino centrado en las mujeres y, en especial, en una clase de mujer a la cual se le reconocen diferencias entre sí pero respecto de las que se omite en muchos casos la *orientación sexual* o su *identidad de género*.

Asimismo, se muestra como el impacto de la idea de *género* en el mundo formal internacional es más nominal que real, sobretudo cuando aún tiende a existir la concepción reduccionista que hace sinónimos *sexo* y *género*, privando así de toda la verdadera utilidad que la noción social de *género* puede otorgar en la lucha jurídica contra la discriminación vinculada a la *sexualidad humana*, si se reconocieran verdaderamente las diferentes manifestaciones de ellas.

CAPITULO CUARTO

LA DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO EN EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ANALISIS NORMATIVO, JURISPRUDENCIAL E INSTITUCIONAL

INTRODUCCION AL CAPITULO.

En este capítulo muestro la recepción que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene haciendo respecto de la situación que viven algunas personas que reivindican vivir una sexualidad diferente en su *identidad de género* o su *orientación sexual* y son discriminadas por tales criterios de auto-identificación.

Sobre la base de entender este Derecho en sus manifestaciones formales, tanto de nivel normativo como jurisprudencial, aunque incluyendo algunos instrumentos que no son estrictamente “fuente formal” de este derecho - como las observaciones o comentarios generales de los Comités o los informes que emanan del Secretario General o el ECOSOC - pero que deben quedar acá incluidas antes que en el tratamiento aparte del *soft law* que se hace en esta tesis por su íntima conexión con normas vinculantes, hago entonces un análisis de la garantía de no discriminación a personas diferentes a la mayoría por su *identidad de género* u *orientación sexual*, mostrando las distintas líneas de argumentación que se han ido construyendo en los últimos años en sede normativa y jurisprudencial o cuasi jurisprudencial, sea en un sentido restrictivo o sea en un sentido amplio, para constatar que tales desarrollos son menores en muchos aspectos frente a los que se dan para otras discriminaciones, lo que abona a la tesis de que ha habido una tendencia a asociar los temas propios de la identidad *sexual* de una persona con temas de *mujeres* en un marco de heteronormatividad.

Se incluye también una referencia a los ámbitos formales ligados a la paz y la seguridad internacional y la recepción que en ellos se hace de las diversas *identidades de género* y *orientaciones sexuales* en aspectos específicos por ser una parcela del Derecho Internacional estrechamente vinculada a la discriminación que sufren muchas personas por características ligadas a su *sexualidad*, considerando acá los principales tratados que conforman el marco de esta regulación y otros instrumentos, incluidos algunos de *soft law*, que van directamente ligados a ellos.

Al inicio, se hace un breve repaso por algunos mundos nacionales, lo cual es necesario antes de entrar al mundo de lo jurídico internacional a mi entender y que muestra, desde un punto de vista normativo interno, la realidad que viven muchas personas por causa de representar una forma diferente al modelo heterosexual que domina algunas estructuras e instituciones jurídicas nacionales.

1. MOSTRANDO LA REALIDAD DE LAS DIFERENCIAS POR *ORIENTACION SEXUAL* E *IDENTIDAD DE GENERO*. BREVES MIRADAS AL MUNDO.

1.1. Una mirada al panorama mundial al término de la primera década del siglo XXI.

No parece indispensable una investigación científica para dar por acreditada la hipótesis de que los mecanismos del Derecho Internacional para proteger los derechos humanos por los que tanto se ha luchado son insuficientes y no logran un efecto de disuasión de nuevas violaciones por los estados, como sería legítimo esperar.

Basta para comprobar esto con mirar la prensa escrita o visual que muestra día a día y sin tregua o descanso, cómo en diversos lugares del planeta y en contextos socio-políticos y jurídicos muy diversos se producen violaciones, en algunos casos más aisladas y tal vez menos impactantes y en otros casos como parte de planes, programas o políticas sistemáticas de discriminación en esferas que afectan decisivamente la capacidad individual y aún colectiva de agenciar la propia vida en sociedad.

En esa desgraciada realidad, situar a las *lesbianas*, los *gays*, los *bisexuales* y quienes presentan *disforia de género* no es una tarea difícil pues hoy son un grupo especial en el marco de aquellas categorías de personas a quienes los medios jurídicos no alcanzan a reparar las discriminaciones de que son víctimas y parecen repetirse una y otra vez.

Si antes lo fueron sólo las personas de raza negra en un mundo donde la mayoría poderosa es de piel blanca, o aquellos que hablaban una lengua diferente en un colectivo que tenía otro idioma, o los judíos o musulmanes en un mundo de mayoría cristiana, hoy son ellos y ellas - los grupos LGTB - las víctimas principales por la discriminación múltiple que les afecta muchas veces.

Efectivamente, si ya reclamar el derecho a vivir libremente siendo diferente a la mayoría es una cuestión que ha costado a muchos y muchas a lo largo de la historia, más difícil se hace aún cuando quien lo hace alega vivir una *sexualidad* considerada diferente.

En tal sentido es que puedo afirmar que es indispensable hoy centrarse en ellos, tal y como años y décadas atrás el mundo se concentró en otros grupos. Si bien para muchos el camino de la plena igualdad no está terminado, las herramientas son mayores y los consensos sociales y políticos también. Nadie hoy aparece diciendo que sí es correcto separar a personas de piel blanca de aquellos de piel negra y si alguien lo hace rápidamente viene una condena formal (y a veces también real) por parte de la comunidad internacional. En cambio, cuando la voz que se levanta alega no poder acceder a vivir con quien se ama por ser del mismo *sexo*, no lograr cobertura médica por manifestar la *sexualidad* de modo diferente, ser apedreado o hasta violentado sexualmente para tratar de corregir lo que se estima son desviaciones o enfermedades, las voces no se levantan de forma unánime y ni aún de forma mayoritaria en un mundo que pese a ello sigue afirmando que los derechos humanos son universales.

Así las cosas, si bien no es necesario comprobar científicamente la insuficiencia de los remedios jurídicos internacionales pues ello es evidente y de público y notorio conocimiento, sí me parece indispensable mostrar cómo en esta parcela de los grupos vulnerables los mecanismos son aún más insuficientes y cómo los episodios de discriminación van en aumento en su número y en su gravedad, lo que en buena medida encuentra razón en la falta de una comprensión adecuada de la *sexualidad humana* por los operadores de lo jurídico.

Como el derecho internacional de los derechos humanos descansa sobre la idea de ser complementario o subsidiario a los órdenes internos, una mirada a diversas realidades sirve de introducción antes de entrar a él para mostrar cómo la vida cotidiana de muchas personas LGTB en sus países de origen o residencia los lleva a requerir cada vez con más fuerza una sociedad internacional que a través de su ordenamiento jurídico esté dispuesta a cumplir con este rol complementario y brinde la protección y la reparación que no se obtiene en muchos estados frente a esta clase de discriminaciones que tienen que ver con esta esfera de la *sexualidad*; la que emana de las *preferencias sexuales* y la que se relaciona con las diferentes *identidades, roles o expresiones de género*.

Evidentemente no es posible - ni pretendería hacerlo - mostrar la regulación jurídica de la no discriminación por *orientación sexual* o por *identidad de género* de todas las unidades políticas a las que se reconoce condición de estado y que por tanto pueden ser parte de los sistemas formales de protección de derechos humanos que se cobijan en la ONU, la OEA, el Consejo de Europa o también en la Unión Africana.

Sin embargo, sí quiero graficar las diferencias de tratamiento que he referido a partir de tomar dos casos concretos, Chile y España, elegidos por la vinculación evidente de esta autora a ambos pero además porque coincidentemente reflejan diferentes realidades en este ámbito, tratándose de sociedades nacionales en que el tema está presente, sea un sentido de apertura a la discusión valórica y cultural como base necesaria para normar para la adecuada convivencia bajo el principio de no discriminación, como es el caso de España, y por tratarse de una nación en que el tema no entra aún en la agenda legislativa de forma efectiva y cierta, pese a que la realidad muestra episodios frecuentes de discriminación para *lesbianas, gays, bisexuales* o *transgéneros* y una creciente demanda ciudadana por regulación adecuada, como es el caso de Chile.

Antes de ello, me parece útil mostrar una panorámica de las diversas formas que asume el reconocimiento jurídico de derechos para las *minorías sexuales* como grupos especialmente vulnerables en las sociedades nacionales, haciendo la precisión de que si bien en algunos países se ven desarrollos hacia una mayor igualdad normativa, los hechos siguen mostrando episodios de distinciones sociales e incluso jurídicas en aquellos márgenes no cubiertos por regulación adecuada.

En la enorme cantidad de estados que hoy existen reconocidos como tales es posible encontrar aquellos que van progresivamente hacia una mayor garantía para los supuestos de discriminación que pueden afectar a estas categorías de personas, adecuando su legislación a la

realidad interna que se les presenta en la actualidad; hasta otros en los cuales la discusión está instalada en lo normativo con algunos avances y algunas lagunas aún; pasando por aquellos en que el tema no entra aún en la agenda legislativa o política de forma concreta, pese a que la realidad interna los muestra como países con episodios frecuentes de discriminación para *lesbianas, gays, bisexuales o transgéneros*.

En el primer grupo encuentro como ejemplos a Alemania, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Gran Bretaña, Islandia y la propia España por el ámbito europeo; Brasil, Argentina, Colombia, Ecuador y Uruguay por el lado americano, y Sudáfrica por el mundo africano.

En términos globales se puede decir que en ellos los grandes avances han sido por un lado reconocer el derecho al matrimonio o la regulación de ciertas figuras al modo de uniones o convivencias de hecho, con similares efectos en lo jurídico a la institución del matrimonio que poco a poco se empieza a ver por algunos ya no sólo como la unión entre “un hombre y una mujer”; y por el otro, lograr el establecimiento de marcos normativos fuertes para prohibir toda forma de discriminación, incluida aquella por *orientación sexual o identidad de género*.

Al año 2010 el llamado “matrimonio gay” se encuentra contemplado a nivel estatal en Holanda, desde 2001; Bélgica, desde 2003; España, desde 2005; Canadá, desde 2005; Sudáfrica, desde 2006; Suecia y Noruega, desde 2009; y desde 2010, en Portugal, Islandia y Argentina. En Estados Unidos y México en tanto se reconoce en algunos de sus estados.

El país ibérico del Fado aprobó en su Parlamento en enero de 2010 este reconocimiento con el fuerte apoyo del Partido Socialista y los grupos de izquierda del país, con la salvedad que se aprobó el matrimonio entre homosexuales con la limitación referida a la adopción que no es posible para estas parejas. La reforma consistió en eliminar de la definición del Código Civil la expresión “*de sexo diferente*” incluida en el matrimonio, y fue promulgada por el Presidente Aníbal Cavaco Silva el 18 de mayo del mismo año, con su clara oposición⁷⁶⁰ y tras la decisión del Tribunal Constitucional sobre su constitucionalidad el 8 de abril, entrando en vigor el 5 de junio de 2010, en lo que es considerado un hecho histórico para un país de raíz católica-conservadora y en que hasta 1992 se penalizaba la homosexualidad.

A Portugal se sumó recientemente Islandia que por decisión unánime de su Parlamento en junio de 2010 aprobó el matrimonio gay. La nueva ley entró en vigor el 27 de junio de 2010 aunque en Islandia ya operaba una legislación conocida como “Ley de parejas”, instaurada desde 1996 y que aunque reconocía las uniones gays, no las reconocía como matrimonios. Con la entrada en vigor de la nueva ley, la “de parejas” ha sido derogada demostrando que Islandia siempre ha sido uno de los países nórdicos más abiertos y progresistas. Su Primer Ministra, Jóhanna Sigurdardóttir, pertenece al partido socialdemócrata y llegó al poder tras una enorme crisis financiera e

⁷⁶⁰ “El presidente portugués promulga la ley de matrimonio homosexual”. Fuente: Diario El País, 17 de mayo de 2010. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/presidente/portugues/promulga/ley/matrimonio/homosexual/elpepusoc/20100517elpepusoc_16/Tes (último acceso: 5 de julio de 2010)

institucional convirtiéndose en la primera jefe de gobierno de la historia en admitir su orientación de *lesbiana* de manera pública y desde antes de tomar la presidencia, y ha sido la primera en contraer matrimonio en virtud de la nueva normativa de su país el mismo día en que ésta empezó a regir⁷⁶¹. El problema que se percibe a resolver en este país en el futuro será con la Iglesia Luterana, mayoritaria en Islandia. Las autoridades civiles no saben si aceptará officiar enlaces entre personas del mismo sexo y tampoco podrá obligar a dicha institución eclesiástica a que lo haga.

Un caso sin duda interesante y peculiar es el de Sudáfrica, que en el año 2006 se convirtió en el primer país del hemisferio sur en consagrar esta apertura del matrimonio no sólo a los binomios dos hombres o dos mujeres, sino también a otras identidades sexuales diversas, es decir, permitiendo el matrimonio entre cualquier clase de parejas, con independencia de su *orientación sexual* o de su *identidad de género*, haciéndolo además en un continente donde se registra una enorme cantidad de legislación represiva a prácticas de tipo homosexual como da cuenta el Informe que en mayo de 2009 la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA) presentó bajo el título “*Homofobia de Estado. Un Informe Mundial sobre las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas*”⁷⁶². Esta apertura se produjo bajo el marco que brinda la Constitución sudafricana, uno de los pocos textos constitucionales en el mundo que contiene una cláusula de prohibición de la discriminación sobre la base de *orientación sexual*⁷⁶³, y a partir de una histórica decisión de diciembre de 2005 por la cual la Corte Constitucional de Sudáfrica, en el marco de dos casos concretos, anuló la cláusula heterosexual del matrimonio⁷⁶⁴. La reforma consistió en la aprobación el 14 de noviembre de 2006 de la llamada *Civil Union Bill*, que regula uniones voluntarias entre dos personas, sea que tomen la forma de matrimonio (*marriage*) o la de una simple unión (*civil partnership*), teniendo ambas formas los mismos efectos, dando la opción a los contrayentes. Si bien lo que existe hoy es un régimen un poco complejo, puesto que no se derogó la condición de heterosexualidad de la *Marriage Act*, antigua legislación regulatoria del matrimonio heterosexual que sigue vigente y abierta entonces sólo a las parejas formadas por un hombre y una mujer, no se puede negar que para la causa de los derechos del mundo LGTB Sudáfrica se ha convertido en país modelo⁷⁶⁵.

⁷⁶¹ “La primera ministra de Islandia se casa con una mujer”. Fuente: Diario El País, 2 de julio de 2010. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/agenda/primera/ministra/Islandia/casa/mujer/elpepigen/20100702elpepage_3/Tes (último acceso: 4 de julio de 2010)

⁷⁶² Fuente: http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2009.pdf (ultimo acceso: 17 de junio de 2009)

⁷⁶³ Sección 9.3 Capítulo 2º sobre los Derechos: “*The state may not unfairly discriminate directly or indirectly against anyone on one or more grounds, including race, gender, sex, pregnancy, marital status, ethnic or social origin, colour, sexual orientation, age, disability, religion, conscience, belief, culture, language and birth*”.

⁷⁶⁴ Estos casos son: *Minister of Home Affairs and another versus. Fourie and another*, Case C.C.T. 60/04, de 1º de diciembre de 2005, en que se cuestionó la constitucionalidad de la definición matrimonial de common law, que entiende al matrimonio como la unión entre un hombre y una mujer, con exclusión de cualquier otra; y *Lesbian and Gay Equality Project and eighteen others v. Minister of Home Affairs and others*, Case C.C.T.10/04, de 1º de diciembre de 2005 en que se cuestionó sobre la constitucionalidad de la Sección 30.1 de la Ley de Matrimonio (*Marriage Act*), que establece las preguntas que deben realizar a los contrayentes quienes oficien matrimonios, sosteniendo la organización litigante que la terminología incluida en esas preguntas excluía a las parejas del mismo sexo.

⁷⁶⁵ Véase sobre este caso Fernández Valle, M., “Matrimonio y Diversidad sexual: la Lección sudafricana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 3, junio 2007.

Si bien estadísticamente es mínimo el número de estados que reconocen el matrimonio homosexual lo cual obedece a la fuerte discusión que se asienta tras esto en orden a ser una institución sólo abierta a celebrarse entre un hombre y una mujer y estimada por muchos como necesariamente vinculada a la posibilidad de procreación de forma natural, un poco mayor es el número de aquellos que regulan los efectos de las uniones de hecho entre personas del mismo sexo, buscando así alguna asimilación a los efectos de tal institución. Estos países son actualmente Alemania, Andorra, Austria, Australia, Republica Checa, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Francia, Hungría, Israel, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Suecia, Suiza, Reino Unido, Ecuador, Colombia, y Uruguay.

En el marco de los europeos hago algunas referencias básicas a los modelos francés, alemán e inglés.

En el caso de Francia la figura es la conocida como PACS (*Pacté Civil de Solidarité*) creada bajo el gobierno del socialista Lionel Jospin a través de la Ley 99-944, de 15 de noviembre de 1999. Este Pacto Civil es una forma de unión que toma la forma de un contrato entre personas mayores de edad, se diferente sexo o del mismo, con el fin de organizar su vida en común aunque no permite a las partes adoptar, sean heterosexuales u homosexuales. La misma normativa introdujo en el sistema francés la figura del “concubinato” que se entiende como una unión de hecho caracterizada por una convivencia estable y continuada entre dos personas de sexo diverso o del mismo sexo, que viven en pareja otorgando algunos derechos a los involucrados.

En Alemania se cuenta con la figura de la Convivencia Registrada (*Eintragne Partnerschaft*) adoptada en 2001 y modificada en 2004 para ampliar su contenido y que permite, entre otras cosas, la adopción por parte de un miembro del hijo biológico del otro, pero sigue sin reconocer la adopción conjunta, mantiene diferencias de tipo fiscal con la institución del matrimonio y no permite a las lesbianas acceder a inseminación artificial.

En Reino Unido en tanto el Gobierno de Tony Blair estableció en 2004 la llamada *Civil Partnerships*, que recoge los mismos derechos que el matrimonio, incluida la adopción, usando este otro nombre para evitar controversias de tipo religioso con los defensores del matrimonio en su fórmula tradicional⁷⁶⁶.

En el mundo americano mención especial en esta parte ameritan Uruguay y Ecuador.

El primero es país pionero en estos temas en un continente marcado por el conservadurismo como es América Latina. Con la Ley N° 18.246 de Unión Concubinaria, promulgada el 27 de diciembre de 2007 y publicada en el Diario Oficial del 10 de enero de 2008 el país se transformó en el primero de América Latina en dar un marco regulatorio de carácter nacional a las uniones entre homosexuales.

⁷⁶⁶ Por cierto el caso es inglés es paradigmático en cuanto a la situación de los grupos LGTB en diversos ámbitos como prueba la abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en contra de este país como será objeto de análisis más adelante en este mismo capítulo.

Desde la aprobación de esta ley el país americano ha seguido abriendo paso a la discusión para normar aspectos que pueden suponer una discriminación por *sexualidad* como lo son la adopción entre personas del mismo sexo y el cambio de nombre en los documentos de identidad por parte de personas transgénero.

En el ámbito complejo de la adopción por parte de homosexuales hay que decir que en septiembre de 2009 se aprobó la Ley que permite a parejas del mismo sexo optar a ser padres adoptivos. El proyecto de ley fue aprobado por 17 votos contra 6 del total de 23 Senadores en el Congreso generando la enorme polémica que el tema trae aparejada y por cierto la reacción de la Iglesia Católica del país, que pese a la fuerte presencia que tiene en la sociedad uruguaya no ha logrado ir contra la apertura de la misma hacia estos nuevos temas y que ha dicho que aceptar la adopción por homosexuales es ir contra la naturaleza misma del ser humano, atentar contra sus derechos como persona y que el estilo de vida homosexual es opuesto a la paternidad⁷⁶⁷. En cuanto al tema de los problemas de registro de identidad para quienes tienen *disforia de género*, también en 2009 se logró aprobar una reforma legislativa que habilita el cambio de nombre y de sexo a partir de los 18 años. La Cámara de Senadores de Uruguay dio la sanción definitiva al proyecto en septiembre, aceptando modificaciones realizadas por la Cámara de Representantes por el que se establecen normas relativas al Derecho a la Identidad de Género, Cambio de Nombre y Sexo Registral. La iniciativa había en efecto sido aprobada por la Cámara de Representantes en septiembre por 51 votos en 53, pero con modificaciones con respecto a lo que había aprobado el Senado en diciembre de 2008, por lo que debió regresar a la Cámara Alta. En un sustancial avance, en consonancia con desarrollos científicos y sociales en materia de sexualidad, el texto indica que *"Toda persona tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad conforme a la propia identidad de género, con independencia de cuál sea su sexo biológico, genético, anatómico, morfológico, hormonal, de asignación u otro"*. La ley expresa que ese derecho incluye la consonancia entre esa identidad y el nombre y sexo señalado en los documentos de identidad. El proyecto original permitía el cambio de identidad de género a partir de los 12 años de edad, con la posibilidad de ratificarlo a los 18 años, pero la Cámara de Diputados aumentó el límite de edad a los 18 años. También se quitaron artículos referidos a la reserva y sus condiciones para quien pida el cambio de identidad de género, para no comprometer asuntos civiles, patrimoniales y personales. Además, el proyecto aprobado indica que en ningún caso se alterará la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas de la persona cuyo registro se modifica y especifica que esta ley no modifica el régimen matrimonial vigente regulado por el Código Civil, por lo que queda cerrado el paso al matrimonio entre homosexuales, algo que el proyecto original dejaba en una nebulosa.

⁷⁶⁷ "Uruguayan bishop warn against law that would allow homosexual adoption". Fuente: Catholic News Agency, 17 de agosto de 2009. Disponible en: http://www.catholicnewsagency.com/news/uruguayan_bishop_warn_against_law_that_would_allow_homosexual_adoption/ (último acceso: 5 de julio de 2010)

Ecuador en tanto es un caso interesante en el contexto americano. En julio de 2008 se adopta el texto constitucional hoy vigente, aprobándose en septiembre del mismo año mediante un referéndum constitucional con el 64% de los votos favorables, texto que incluye provisiones relevantes para las minorías sexuales.

En el Título II De los Derechos se destaca el Artículo 11, que en su inciso 2º establece que en el ejercicio de los derechos nadie puede ser discriminado por *identidad de género* o por *orientación sexual*, mencionándolos expresamente y de forma separada. Luego, en el Artículo 66 y en lo que toca a los Derechos de libertad reconoce a la libertad sexual como parte de la integridad personal, y se reconoce el derecho a decisiones libres y responsables sobre la vida sexual de la persona, incluyendo la *orientación sexual* y la *identidad de género*. Luego da pasos precisos en los artículos 67 y 68 indicando que el matrimonio es sólo entre un hombre y una mujer, que libremente consienten y que tienen iguales derechos, obligaciones y capacidad legal, pero reconociendo la familia en sus diversos tipos y estableciendo que el Estado la protegerá como núcleo fundamental de la sociedad y garantizará condiciones que favorezcan integralmente la consecución de sus fines, quedando constituidas por vínculos jurídicos o de hecho y basándose en la igualdad de derechos y oportunidades de sus integrantes. En lo que sin duda es una enorme avance para todos - minorías sexuales o no - es al establecer que la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que formen un hogar de hecho, por el lapso y bajo las condiciones y circunstancias que señale la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio, aunque estableciendo que la adopción corresponderá sólo a parejas de distinto sexo.

Creo que esta normativa constitucional es un ejemplo, no sólo en cuanto al contenido, de por sí bastante acorde con los desarrollos sociales en materia de *sexualidad*, sino porque precisa los márgenes de ciertas instituciones para la sociedad ecuatoriana, como el matrimonio y la adopción, pero sin dejar de reconocer que hay toda una realidad que requería este marco regulatorio sobre la base de no discriminación.

Antes de la reforma constitucional del 2008 en todo caso este país ya venía mostrando en el orden legislativo una preocupación por la discriminación a los colectivos materias de este trabajo. En el año 2005 se modificó el Código Penal por la Ley N° 11.340 en lo que toca a las agravantes del Título II “De las Infracciones en general”, se agregó un numeral 6º al artículo 30, indicando que es una agravante “Ejecutar la infracción por motivos de discriminación, referente al lugar de nacimiento, edad, sexo, etnia, color, origen social, idioma, religión, filiación política, posición económica, **orientación sexual**, estado de salud, discapacidad o diferencia de cualquier otra índole” (el énfasis es mío).

Lo cierto es que América Latina presenta una variedad enorme en cómo trata a los homosexuales la cual fue graficada en febrero de 2009 en el artículo “*Gays in Latin America: Is the Closet Half Empty?*” de la Revista *Foreign Policy*, que puso a Montevideo y Quito entre los

primeros lugares de entre 180 ciudades, aunque es posible constatar lo que los medios han llamado la “estrategia gay” que busca generar cambios a favor de los derechos de las minorías sexuales en varias partes del continente, entre ellos, crear alianzas con partidos políticos, con el mundo privado del dinero, marcando presencia en la llamada “cultura pop” (televisión, teatro) y sobre todo logrando el ansiado “matrimonio gay” como estrategia que permite callar las voces conservadoras que asocian promiscuidad, libertinaje sexual y perversión con homosexualidad⁷⁶⁸.

También en el caso americano Brasil, Argentina, Estados Unidos y México presentan particularidades que en estos casos se derivan de su constitución como estados federales.

Argentina mantiene hace ya un par de años la discusión abierta y pública sobre la homosexualidad y sus derechos en sede de familia y en el mes de julio de 2010 se ha aprobado por el Congreso el llamado “Proyecto de Ley sobre Matrimonio entre personas del mismo sexo” que lo ha incorporado en el grupo de países con matrimonios entre gays y lo deja como el primero en la región del sur de América. Hasta el histórico 15 de julio en que se produjo la aprobación por 33 votos a favor y 27 en contra, tras horas de debate y manifestaciones públicas en todos los sentidos posibles, en cuatro zonas del país las uniones de parejas homosexuales tenían validez jurídica: Buenos Aires, Villa Carlos Paz, Rio Cuarto y la Provincia de Rio Negro y a su amparo de habían celebrado varias de ellas, no exentas de polémicas legal y mediática en algunos casos⁷⁶⁹. La Reforma se ha traducido en la Ley N° 26.618, publicada como Decreto 1054/2010 en el Boletín Oficial de la República Argentina, que modifica el Código Civil y permite a las personas del mismo sexo contraer matrimonio. En lo sustancial a este punto, la reforma sustituye las expresiones “marido y mujer” por “contrayentes” y permite la adopción por parejas casadas homosexuales.

En materia de identidad de género en tanto, se encuentra en discusión en la Cámara de Diputados el “Proyecto de Ley de Identidad de Género” impulsado por una diputada socialista y firmado por otros parlamentarios de diversas corrientes, que busca reconocer el estado de quienes sienten la disociación entre su sexo biológico y el social y que habla del “proyecto de vida” de las personas trans: transexuales, travestis y transgéneros, creando una Oficina de Identidad de Género de carácter interdisciplinario y estableciendo como requisitos indispensables para acceder a la rectificación registral del sexo y cambio de nombre, que se constate: la existencia de disonancia entre el sexo inicialmente inscrito y la identidad de género autopercebida por la persona solicitante; y la estabilidad y persistencia de esta disonancia, pudiendo la persona solicitante aportar, a efectos de dicha constatación, todo medio de prueba fehaciente, lo que deja de lado las ideas que promueven que sólo se puede acceder a este cambio de nombre cuando se ha producido la operación de reasignación de sexo.

⁷⁶⁸ Fuente: BBC Mundo, 10 de agosto de 2010. Disponible en: http://www.bbc.co.uk/mundo/america_latina/2010/08/100806_latinoamerica_matrimonio_homosexual_bodas_gay.shtml (último acceso: 10 de agosto de 2010)

⁷⁶⁹ El primer casamiento gay en Buenos Aires fue el de la pareja conformada por Damián Bernath y Jorge Salazar, quienes contrajeron matrimonio autorizados por un fallo judicial en marzo de 2010. Fuente: <http://www.argentina.ar/es/pais/C3286-primer-casamiento-gay-en-buenos-aires.php> (último acceso: 28 de julio de 2010)

Brasil en tanto es un país que se muestra de contraste en esta materia. Por un lado, no tiene una situación definida y común sobre el matrimonio homosexual desde el punto de vista legislativo, admitiendo ciertas formas de uniones civiles entre personas del mismo sexo; cuenta en su Constitución Política de 1988 con un artículo 3° que en su inciso 4° y a propósito de los objetivos fundamentales de la República del Brasil, se refiere a la promoción del bien de todos, prohibiendo toda clase de discriminaciones usando una fórmula abierta que permite entender ahí comprendida la *identidad de género* y la *orientación sexual*⁷⁷⁰; y se manifiesta en foros internacionales como promotor de la adopción de instrumentos internacionales contra la discriminación de homosexuales siendo de hecho uno de los principales promotores de la declaración leída en Naciones Unidas en 2008. Por otro lado en tanto, tiene una alta tasa de asesinatos y ejecuciones por causa de homosexualidad que ha sido denunciada de manera firme por la sociedad civil que goza de credibilidad en el rol de informar tales muertes⁷⁷¹.

Estados Unidos tiene también una particular situación que se mueve en los dos extremos del tema cuando se entra a ver el tratamiento de la discriminación a homosexuales y otras minorías sexuales en diversos ámbitos.

En algunos estados del país la homosexualidad es castigada de forma severa, aunque el tema ha tendido al cambio en los últimos años a partir de la asunción de la preferencia sexual por alguien del mismo sexo como parte de la autonomía sexual de las personas la que se encuentra garantizada por la Constitución, decisión tomada en el famoso caso de 2003 *Lawrence versus Texas*, y con que la Corte Suprema modificó lo que era el *stare decisis* o el precedente en la materia sentado en el caso *Bowers versus Hardwick* de 1986, que iba en la línea de entender constitucional el castigo penal a las relaciones homosexuales libremente consentidas y practicadas por adultos en privado⁷⁷². Asimismo, particularmente interesante de ser analizada resulta la posición de algunos estados

⁷⁷⁰ Art. 3. “Constituyen objetivos fundamentales de la República Federal de Brasil: IV promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color edad o cualesquiera otras formas de discriminación”. Constitución Política de la Republica Federativa del Brasil, 1988.

⁷⁷¹ Según un Informe del Grupo “Bahía da Gay”, la asociación civil por los derechos de homosexuales más antigua del Brasil, sólo durante el año 2004 se produjeron 159 muertes de personas que eran lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros o travestis. Fuente: <http://www.ggb.org.br/direitos.html> (último acceso: 9 de julio de 2010) Durante el 2010 y en el marco de la campaña presidencial, la cuestión ha sido nuevamente denunciada por cadenas periodísticas reconocidas en el Brasil. Así, en octubre se ha denunciado que el número de asesinatos de gays ha aumentado en un 62% en relación al año 2009. Noticia disponible en: <http://globovision.com/news.php?nid=165612> (último acceso: 17 de octubre de 2010)

⁷⁷² El punto de inflexión en el tema se marcó entonces el 26 de junio de 2003 con el fallo *Lawrence versus Texas*, promovido a partir de la detención en su hogar de dos hombres teniendo sexo, quienes fueron arrestados, acusados y sancionados con base en la norma del Código Penal de Texas que castiga el llamado “coito desviado” (*deviate sexual intercourse*) entre personas del mismo sexo, definiéndolo como a) cualquier contacto entre cualquier parte de los genitales de una persona y la boca o ano de otra persona; o b) la penetración de los genitales o el ano de otra persona con un objeto. Tras varias decisiones negativas hacia sus pretensiones, fue la Corte Suprema la que dio un giro al tema en el país y frente a su anteriores decisiones, estableciendo en términos generales que la libertad protege a las personas de ciertas intromisiones injustificadas de parte del Gobierno en el hogar y otros lugares privados; que la privacidad incluye la autonomía sexual y que al no existir menores de edad involucrados, ni personas que puedan ser dañadas o que estén sometidas a coerción o sin poder brindar su consentimiento, el Estado no puede hacer de la conducta sexual privada un crimen por lo que y que el estatuto de Texas no se encuentra sostenido por un interés legítimo del estado que justifique dicha intrusión dentro de la vida personal y privada de los individuos. Para mayores detalles sobre este emblemático fallo y su contenido, así como el detalle de fundamentación de los votos de mayoría y disidente véase Vial, Tomás, “Homosexuales y autonomía sexual en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana: El caso *Lawrence v. Texas*”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004. Para conocer la influencia que mostraría el orden jurídico internacional de derechos humanos en esta nueva jurisprudencia, véase Sagüés, M. S., “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina “*Lawrence v. Texas*””, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Vol. 1, enero-junio, 2004.

americanos en el tratamiento de la homosexualidad en el ámbito de los procesos penales, como ha revelado algún estudio⁷⁷³.

En otros estados en tanto, si bien no se castiga penalmente sí está prohibida legal o constitucionalmente la posibilidad de matrimonio entre personas del mismo sexo, como es el caso por ejemplo de Wyoming, Carolina del Norte, Pennsylvania y Montana.

Por el otro extremo en tanto en esta cuestión compleja del ámbito de las relaciones personales y privadas del mundo LGTB, seis de los Estados de Estados Unidos de Norteamérica permiten el matrimonio homosexual. El primero ha sido Massachussets en 2004, luego Connecticut en 2008 a los que se han sumado en 2009 Iowa, Maine, Vermont y en 2010 New Hampshire y Washington D.C. Otros estados en tanto lo que hacen es dar un cierto marco regulatorio o algún grado de reconocimiento a uniones entre personas del mismo sexo en la forma de sociedades domésticas o uniones civiles. Es el caso de California, New Jersey, Oregon, Nevada, Hawaii y del distrito de Columbia. En el caso de New Hampshire el gobernador John Lynch había condicionado su apoyo a la ley a la exigencia que se respetara la libertad de los grupos religiosos, razón por la cual la ley señala: *“cada organización, asociación o sociedad religiosa tiene control absoluto sobre su doctrina, política, enseñanzas, creencias respecto a quien debe casar dentro de su fe”*. Antes de su promulgación por el gobernador, el Senado y la Cámara de Representantes la habían votado favorablemente.

Todo lo anterior referido a Estados Unidos y el matrimonio entre personas del mismo *sexo* se enmarca en un estado de cosas bastante poco claro y uniforme que se viene dando desde los intentos por la enmienda federal promovida por Bush para prohibir los *“matrimonios gays”* que ha sido rechazada socialmente y además por el propio Senado del país y que tuvo su máxima expresión de caos en el referéndum de 4 de noviembre de 2008 promovido para que se dejara sin efecto la autorización judicial dada por la Corte Suprema del Estado en California al declarar inconstitucional la prohibición del matrimonio entre personas del mismo sexo, a través de la llamada *“Proposición 8”*, dejando con ello un estado de inseguridad jurídica para todos los *“matrimonios gays”* celebrados al amparo de la decisión jurisdiccional, que ha tenido un último interesante capítulo en el fallo del juez federal en San Francisco, Vaughn Walker, quien el 5 de agosto de 2010 ha declarado *“inconstitucional”* el referendo sobre la *“Proposición 8”* ya que no habría base para excluir a parejas del mismo sexo de casarse y por estimar que se atenta contra los principios de igualdad y debido proceso legal, en lo que se estima es una decisión que será recurrida para llegar incluso ante la Corte Suprema, quien podría tener la última palabra y sentar así un precedente para un país en que la presencia de la comunidad LGTB es masiva y abierta⁷⁷⁴.

⁷⁷³ Sobre cómo la aversión a los homosexuales se ha usado en el marco del sistema penal de los Estados Unidos véase Shortnacy, M., *“Guilty and Gay, a recipe for execution in American courtroom: Sexual Orientation as a tool for prosecutorial misconduct in death penalty cases”* (cit.).

⁷⁷⁴ Un tema directamente vinculado a la discriminación por *orientación sexual* es la prohibición en Estados Unidos de que los integrantes de las Fuerzas Armadas revelen su preferencia sexual. La cuestión se viene discutiendo en el país desde que en 1993 el entonces Presidente Bill Clinton aprobara la política conocida como *“Don’t ask. Don’t tell”* por la cual se admitió a los homosexuales

En México en tanto, el 21 de diciembre de 2009, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal en Ciudad de México, aprobó por mayoría de 39 votos a favor el establecimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, incluyendo su derecho a la adopción, a partir de la iniciativa presentada por el partido izquierdista, y gobernante de la ciudad capital, Partido de la Revolución Democrática, convirtiendo a Ciudad de México en la única entidad del país que aprueba este tipo de uniones. La iniciativa incluyó reformas a seis artículos del Código Civil Capitalino, incluyendo al artículo 146 que señalaba que "*El matrimonio es la unión libre de un hombre y una mujer*" y hoy indica que es "*La unión libre de dos personas*", y al artículo 391, referido a la adopción, a la que pueden acceder ahora parejas del mismo sexo. En agosto de 2010 en tanto la Corte Suprema de Justicia sentenció que el matrimonio entre personas del mismo sexo era constitucionalmente válido, y se ha entrado a una etapa de buscar legislar sobre el tema para todo el estado.

En otro grupo se pueden incluir a países como Chile, al que me referiré enseguida en más extenso, e Italia, Irlanda, Venezuela, Perú, y Cuba, por ejemplo y eligiendo citar estados bastante diferentes en lo socio-político entre sí a modo de muestra, en que los derechos de los grupos LGTB no son una cuestión que esté instalada en el debate público y legislativo de manera abierta y clara o en que las voces que se levantan reclamando derechos pronto son acalladas por algunas más fuertes.

En Italia, por dar alguna mayor información de alguno de los mencionados en este grupo de países, se han presentado varias iniciativas y la discusión está dividida en torno a quienes sí quieren legislar sobre los derechos de homosexuales en sede de relaciones personales y familiares en orden a si dar o no el status y carácter de matrimonio a las uniones entre personas del mismo sexo, todo ello en un marco constitucional que expresamente da valor a la familia que se funda en el matrimonio⁷⁷⁵.

en el Ejército, a condición de que no revelaran su orientación. El 27 de enero de 2010, durante su "Discurso sobre el Estado de la Unión al Congreso y la Nación", el Presidente Barak Obama, asumió públicamente el compromiso de terminar con esta política. Dijo en la oportunidad que - en lo que considero fue un intento de promover el llamado "poder blando" del país en la terminología de Joseph Nye - "En el extranjero, nuestros ideales siempre han sido la mayor fuente del poderío de Estados Unidos. Lo mismo ocurre dentro del país. Encontramos unidad en nuestra gran diversidad, en base a la promesa consagrada en nuestra Constitución: la noción de que todos somos creados iguales, que independientemente de quién eres o qué apariencia tienes, si obedeces la ley, ésta te debe proteger; que si te ciñes a nuestros valores comunes, deben tratarte igual que a todos los demás. Debemos renovar continuamente esta promesa. Mi gobierno cuenta con una División de Derechos Civiles que nuevamente está procesando violaciones de derechos civiles y discriminación laboral. Finalmente contamos con leyes más estrictas para protegernos de los criminales alimentados por el odio. **Este año trabajaré con el Congreso y nuestras Fuerzas Armadas para finalmente abolir la ley que les niega a los estadounidenses homosexuales, por ser como son, el derecho de servir a la patria que aman. Es lo correcto y lo que se debe hacer**" (el destacado es mío). Junto con considerar en la línea correcta el compromiso presidencial no puedo dejar de ver un intento moderado de reconocimiento a la homosexualidad al centrar el tema en el servicio a la patria más que en el derecho de todos a vivir conforme se sienten identificados y conforme lo que son en verdad en su identidad sexual. Discurso oficial disponible en: <http://www.america.gov/st/usg-spanish/2010/January/20100128103612SBlebahC0.2288935.html> (último acceso: 8 de octubre de 2010) El camino comprometido por el Presidente Obama fue construyéndose a nivel nacional y una prueba de ello ha sido la decisión de octubre de 2010 de parte de la jueza federal Virginia Phillips de ordenar que el Ejército de los Estados Unidos deje de aplicar la famosa ley que ya había declarado en septiembre del mismo año como inconstitucional al ser contraria a la Primera y Quinta Enmienda. Sentencia de la Jueza Phillips disponible en: <http://graphics8.nytimes.com/packages/pdf/PhillipsDecision.pdf> (último acceso: 17 de octubre de 2010) El compromiso máximo del Presidente Obama por su parte se ha cumplido al finalizar el año con la derogación de la polémica ley el 22 de diciembre de 2010. Mayores antecedentes sobre las reacciones del Presidente de los Estados Unidos de América en el sitio oficial de la Casa Blanca: <http://www.whitehouse.gov/blog/2010/12/22/president-signs-repeal-dont-ask-dont-tell-out-many-we-are-one> (último acceso: 27 de diciembre de 2010)

⁷⁷⁵ Título II - De las relaciones ético-sociales. Art. 29 "*La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se registrará sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley en garantía de la unidad de la familia*". Sobre la situación en Italia en esta materia véase San Martín, L.,

Otra categoría de países en esta materia es la de aquellos en que ni siquiera hay preocupación por equiparar sus derechos en aquellos ámbitos que sea posible y menos cuestionado, sino que derechamente se sigue criminalizando el actuar homosexual libremente consentido en privado y entre adultos, regulación normativa que se sigue en varios de los países caribeños y en otros como Arabia Saudí, Mauritania, Singapur, Sudán, Somalia, Nigeria, Yemen, Irán, así como en Pakistán y Bangladesh que aún mantienen la cadena perpetua o la muerte para la sodomía, la cual también existió por años en la India, que en 1955 sustituyó esta pena por la de “destierro penal de por vida”.

Como ya se ha dicho, en mayo de 2009 la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA) ha presentado el Informe “*Homofobia de Estado. Un Informe Mundial sobre las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas*”. Este trabajo da cuenta de que existen 80 países en que homosexualidad es ilegal y en 5 de ellos puede llegar a ser castigada con la pena de muerte: Irán, Mauritania, Arabia Saudí, Sudán y Yemen⁷⁷⁶.

En el caso del Caribe anglófono es posible encontrar el trágico y emblemático caso de Jamaica, cuestionado por la Revista *Time* como el país más homófobo del mundo en un artículo de 2006 llamado justamente en forma interrogativa “*The Most Homophobic Place on Earth?*”⁷⁷⁷.

El Código Penal de Jamaica prohíbe el sexo entre hombres, al igual que la mayoría de los códigos penales de los países de la zona. El artículo 76 de la Ley de Delitos contra las Personas prohíbe el abominable crimen de la sodomía (sexo anal) con penas que pueden llegar hasta diez años de prisión con obligación de realizar trabajos forzados⁷⁷⁸; el artículo 77 del mismo cuerpo legal castiga con hasta siete años de prisión el intento de sodomía⁷⁷⁹; y el artículo 79 prohíbe cualquier acto de escándalo público entre hombres, ya sea en presencia de otras personas o incluso en privado, sancionando en tal caso con prisión por hasta dos años, que pueden o no ir acompañadas de la imposición de trabajos forzados⁷⁸⁰.

Así las cosas y tras lo expuesto se puede aproximar la conclusión de que los países que se asemejan en la regulación normativa para temas que tienen que ver con estas formas tan especiales de *sexualidad* por lo general comparten ciertos rasgos entre sí, como la religión por ejemplo. En

“Uniones civiles en Europa: la problemática italiana”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008.

⁷⁷⁶ Fuente: http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2009.pdf (último acceso: 17 de junio de 2009)

⁷⁷⁷ Véase artículo “The Most Homophobic Place on Earth?”, de 12 de abril de 2006, Revista Time. Disponible en: <http://www.time.com/time/world/article/0,8599,1182991,00.html> (último acceso: 9 de julio de 2010)

⁷⁷⁸ “Unnatural Offences. 76. Whosoever shall be convicted of the abominable crime of buggery, committed either with mankind or with any animal, shall be liable to be imprisoned and kept to hard labour for a term not exceeding ten years”. The offences against the person act, Jamaica.

⁷⁷⁹ “77. Whosoever shall attempt to commit the said abominable crime, or shall be guilty of any assault with intent to commit the same, or of any indecent assault upon any male person, shall be guilty of a misdemeanour, and being convicted thereof, shall be liable to be imprisoned for a term not exceeding seven years, with or without hard labour”. The offences against the person act, Jamaica.

⁷⁸⁰ “Outrages on Decency. 79. Any male person who, in public or private, commits, or is a party to the commission of, or procures or attempts to procure the commission by any male person of, any act of gross indecency with another male person, shall be guilty of a misdemeanour, and being convicted thereof shall be liable at the discretion of the court to be imprisoned for a term not exceeding two years, with or without hard labour”. The offences against the person act, Jamaica.

otras palabras, se trata de países que en general pertenecen a una misma civilización, al modo que las he definido en el capítulo primero de esta tesis y para el fin de esta investigación, si bien hay que reconocer que existen enormes matices que son consecuencias a mi modo de ver de cómo en algunos estados este elemento unificador de civilizaciones que es la religión tiene una marca mayor que en otras sociedades, generando diferencias que influyen en una misma matriz socio-cultural y que para los efectos que sigo, se manifiestan en las diversas formas legislativas en que los países abordan el tema de la *orientación sexual* y la *identidad de género* y a su vez en cómo esos órdenes normativos se van desarrollando y aplicando a lo largo del tiempo.

Paso ahora a mostrar con algo más detalle pero siguiendo la línea ejemplificativa que tiene este primer apartado del presente capítulo, la situación de España y la de Chile en la materia que me ocupa.

1.2. Una mirada al caso español.

España es, a mi modo de ver, un país de contrastes en muchos ámbitos.

En el que acá ocupa hay que reconocer que es una sociedad que con todo y las divisiones que presenta por sus reclamadas nacionalidades particulares, con los casos emblemáticos del País Vasco y Cataluña, ha mantenido el tema de la *sexualidad* y los derechos a ella vinculados dentro de los debates sociales, políticos y jurídicos, con una mirada bastante global que incluye desde las uniones o matrimonio entre personas del mismo *sexo* hasta la cuestión compleja de la *transexualidad* reclamada por niños - pasando por cierto por el complejo tema del aborto y la cuestión del uso de la píldora que no corresponde tratar acá - pero con divisiones que han traspasado esa referida partición por lo nacional y ha mostrado al mundo la complejidad del juego de lo religioso y lo valórico, y su unión o necesaria separación, reflejada bien en los medios y la opinión pública en la radical postura de la Iglesia Católica⁷⁸¹, actor muy relevante en el contexto español a pesar de no ser formalmente un estado confesional.

En materia de derechos específicamente establecidos para proteger a *homosexuales* de reclamadas discriminaciones sin duda el mayor avance en la legislación española es la ley que permitió el matrimonio entre personas del mismo *sexo*. La Ley 13/2005 publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 157, el 2 de julio de 2005, y por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, tiene un antecedente remoto en el proyecto de “Ley de Parejas de Hecho” que no tuvo éxito por la permanente oposición del Partido Popular hacia fin de los noventa e inicios de la década del 2000. Su camino no fue fácil y tiene una particular historia legislativa y

⁷⁸¹“Rouco Varela defiende su modelo de familia sin atacar al gobierno”. Fuente: Diario El País, 28 de diciembre de 2009. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/sociedad/Rouco/Varela/defiende/modelo/familia/atacar/Gobierno/elpepisoc/20091228elpepisoc_2/Tes (último acceso: 28 de julio de 2010)

social en el país, que a su vez se enmarca en lo que ha sido la historia de la institución del matrimonio en el ibérico país⁷⁸².

Desde el sólo punto de vista legislativo hay que decir que el Congreso de los Diputados aprobó la ley en una primera votación por 183 votos a favor contra 136. En el Senado luego fue vetada por 131 votos contra 119. Ese veto fue levantado en el Congreso y fue finalmente aprobada por 187 contra 147 votos, suscitando una polémica y un rechazo enorme en el sector más conservador de España, representado por el Partido Popular y la Iglesia Católica.

Este rechazo ha tenido su manifestación jurídica en un recurso de inconstitucionalidad promovido por el mismo Partido Popular ante el Tribunal Constitucional presentado el 28 de septiembre de 2005, admitido a trámite en octubre del mismo año y cuya resolución aún estaba pendiente a julio de 2010, con fundamento básica y resumidamente en la estimación de que toda la ley es contraria a la Constitución pues con la reforma es el legislador quien atenta y desvirtúa una institución social y jurídica como es el matrimonio. Concretamente, el recurso indica que con la Ley se violarían los artículos constitucionales 32, sobre la definición del matrimonio; 10.2, relativo a la interpretación de los derechos a la luz de la Declaración Universal y los tratados internacionales; 14, en relación a los artículos 1.1 y 9.2 relativos al principio de igualdad y a la prohibición de cualquier discriminación por orientación sexual y su interpretación por el Tribunal Constitucional; 39, apartados 1, 2 y 4, relativos a la protección de la familia, protección integral de los hijos y protección de los niños; 53.1 por vulnerar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio del artículo 32; 9, apartado 3, por no respetar el principio de jerarquía normativa y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; y el 167, referido a la reforma constitucional y, entre otros argumentos, se indica que en aquellos países en que se ha permitido el matrimonio homosexual, no se cuenta con un marco protector de la institución como el que otorgan al matrimonio todos los artículos cuya violación se invoca.

Dicho en otras palabras, entiendo que el fundamento de este recurso pasa por rescatar o intentar rescatar la idea de “orden público” para mantener la institución sometida a las limitaciones de la diferencia de sexo entre los contrayentes y a la consideración de que la diferencia de sexo es así requisito de la estructura ontológica del matrimonio español, idea que alguna doctrina nacional ha rechazado con una buena argumentación⁷⁸³.

⁷⁸² Para conocer parte de la historia y antecedentes de esta ley desde el punto de vista del mundo del activismo social pro-derechos homosexuales, véase Gimeno, B. “El recorrido reivindicativo del matrimonio entre personas del mismo sexo desde el activismo”, en Soroeta, J., *Los Derechos de la Mujer*, Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007, pp. 177-185. Para conocer la historia de la secularización del matrimonio en España hasta la entrada en vigor de esta ley, véanse Pérez Alvarez, S., “La incidencia de la ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005 (2), pp. 844-851 y Pérez Alvarez, S., “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 12, 2006.

⁷⁸³ Véanse del autor Pérez Alvarez, S., “La incidencia de la ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea” (cit.) y “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?” (cit.). También y ya desde antes de la reforma de 2005 Martín, J.M., “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado español”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, 1 que parte por citar otros autores para quienes la heterosexualidad no es un requisito esencial del matrimonio (véase nota al pie 1, p. 291).

La Exposición de Motivos de la hoy famosa Ley 13/2005 muestra muy bien a mi modo de ver el estado de la cuestión y de la discusión al momento de adoptar la ley española que comento y por ello es que me permitiré reproducir ciertas ideas de algunos de sus apartados.

En ella se reconoce al matrimonio como una de las manifestaciones de la relación y convivencia de parejas, basada en el afecto y a su vez como expresión genuina de la naturaleza humana constituyendo cauce destacado para el desarrollo de la personalidad que la Constitución española establece como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. Luego, reconociendo que la regulación del matrimonio en el derecho civil contemporáneo ha reflejado los modelos y valores dominantes en las sociedades europeas y occidentales y que su origen radica en el Código Civil francés de 1804, del que innegablemente trae causa el español de 1889, agrega que el matrimonio se ha configurado como una institución, pero también como una relación jurídica que tan sólo ha podido establecerse entre personas de distinto sexo; de hecho, en tal diferencia de sexo se ha encontrado tradicionalmente uno de los fundamentos del reconocimiento de la institución por el derecho del Estado y por el derecho canónico. Por ello, los códigos de los dos últimos siglos, reflejando la mentalidad dominante, no precisaban prohibir, ni siquiera referirse, al matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la relación entre ellas en forma alguna se consideraba que pudiera dar lugar a una relación jurídica matrimonial. Sin embargo, se hace cargo de que quien organiza esta institución, el legislador, no puede desconocer la evolución de la sociedad y de los diversos modelos de convivencia. *“En este sentido, no cabe duda de que la realidad social española de nuestro tiempo deviene mucho más rica, plural y dinámica que la sociedad en que surge el Código Civil de 1889. La convivencia como pareja entre personas del mismo sexo basada en la afectividad ha sido objeto de reconocimiento y aceptación social creciente, y ha superado arraigados prejuicios y estigmatizaciones. Se admite hoy sin dificultad que esta convivencia en pareja es un medio a través del cual se desarrolla la personalidad de un amplio número de personas, convivencia mediante la cual se prestan entre sí apoyo emocional y económico, sin más trascendencia que la que tiene lugar en una estricta relación privada, dada su, hasta ahora, falta de reconocimiento formal por el Derecho”*⁷⁸⁴.

Asimismo y en algo que debo destacar por el fin último de la referencia a esta ley en esta Tesis, entre los fundamentos se tuvo en vista la evidencia que muestra la historia acerca de una larga trayectoria de discriminación basada en la *orientación sexual*, lo cual el legislador quiere remover. A partir de ello, el establecimiento de un marco de realización personal que permita que aquellos que libremente adoptan una opción sexual y afectiva por personas de su mismo *sexo* puedan desarrollar su personalidad y sus derechos en condiciones de igualdad es una exigencia de los ciudadanos de nuestro tiempo a la que la ley trata de dar respuesta, en el entendido que la Constitución, al encomendar al legislador la configuración normativa del matrimonio, no excluye en forma alguna una regulación que delimite las relaciones de pareja de una forma diferente a la que

⁷⁸⁴ Boletín Oficial del Estado, BOE N° 157, sábado 2 de julio de 2005, p. 23632.

haya existido hasta el momento, regulación que dé cabida a las nuevas formas de relación afectiva, lo cual además tiene como opción unos fundamentos constitucionales que deben ser tenidos en cuenta por el legislador, indicando que estos serían la promoción de la igualdad efectiva de los ciudadanos en el libre desarrollo de su personalidad (artículos 9.2 y 10.1 de la Constitución), la preservación de la libertad en lo que a las formas de convivencia se refiere (artículo 1.1 de la Constitución) y la instauración de un marco de igualdad real en el disfrute de los derechos sin discriminación alguna por razón de sexo, opinión o cualquier otra condición personal o social (artículo 14 de la Constitución) en cuanto valores consagrados constitucionalmente cuya plasmación debe reflejarse en la regulación de las normas que delimitan el estatus del ciudadano, en una sociedad libre, pluralista y abierta.

Entrando ahora al contenido de la ley, en lo sustancial lo que hace esta normativa es añadir un segundo párrafo al artículo 44, referido a los requisitos del matrimonio, con la siguiente redacción “*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*”.

Sobre la base de esa inclusión la ley permite que el matrimonio sea celebrado entre personas del mismo o de distinto sexo, con plenitud e igualdad de derechos y obligaciones, cualquiera que sea su composición, lo que incluye también la adopción. Así, los efectos del matrimonio, “*que se mantienen en su integridad respetando la configuración objetiva de la institución, serán únicos en todos los ámbitos con independencia del sexo de los contrayentes; entre otros, tanto los referidos a derechos y prestaciones sociales como la posibilidad de ser parte en procedimientos de adopción*”⁷⁸⁵.

Asimismo, se hizo una imprescindible adaptación terminológica de los distintos artículos del Código Civil que se refieren o traen causa del matrimonio, así como de una serie de normas del mismo Código que contienen referencias explícitas al *sexo* de sus integrantes.

En primer lugar, las referencias al marido y a la mujer se han sustituido por la mención a los cónyuges o a los consortes. En virtud de la nueva redacción del artículo 44 del Código Civil, la acepción jurídica de cónyuge o de consorte será la de persona casada con otra, con independencia de que ambas sean del mismo o de distinto sexo, aunque subsiste la referencia a las expresiones marido y mujer en los artículos 116, 117 y 118 del Código - que tienen que ver con la determinación de la filiación matrimonial - ya que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos sólo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales.

Por otra parte, todas las referencias al matrimonio que se contienen en el ordenamiento jurídico español han de entenderse aplicables tanto al matrimonio de dos personas del mismo *sexo* como al integrado por dos personas de distinto *sexo*.

El reseñado ha sido entonces un cambio trascendental para las reivindicaciones de *gays* y *lesbianas* y sin duda una verdadera revolución en el orden jurídico interno del país, que por la forma

⁷⁸⁵ Boletín Oficial del Estado, BOE N° 157, sábado 2 de julio de 2005, p. 23633.

autonómica del estado español permitía ya desde antes en todo caso que algunas Comunidades Autónomas contaran con leyes de parejas o uniones de hecho. Tal es el caso de Cataluña (Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas); Aragón (Ley 6/1999, de 26 de marzo, relativa a parejas estables no casadas); Navarra (Ley 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables); Comunidad Valenciana (Ley 1/2001, de 6 de abril, por la que se regulan las uniones de hecho); Baleares (Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables); Madrid (Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho de la Comunidad de Madrid); Principado de Asturias (Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables); Andalucía (Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho); Canarias (Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho); Extremadura (Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho); y el País Vasco (Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho). Además y dada la pertenencia de España a la Unión Europea, esta nueva ley trae al ámbito de la discusión sus relaciones con el Derecho Comunitario en el marco del Derecho Internacional Privado y la movilidad o libre circulación de personas bajo la posibilidad cierta de celebración de matrimonios entre personas del mismo sexo, temas que por cierto exceden la perspectiva de la referencia a este tema en esta investigación⁷⁸⁶.

En el otro ámbito de interés a esta tesis, hay que mencionar en el caso español la Ley 3/2007 “Reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo”, publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 65, el 16 de marzo de 2007, en vigor desde el 17 de marzo del mismo año y que otorga en el artículo 1° legitimación a toda persona de nacionalidad española, mayor de edad y con capacidad suficiente para ello, para solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, lo que conllevará el cambio del nombre propio de la persona, a efectos de que no resulte discordante con su sexo registral, pudiendo la persona interesada incluir en la solicitud la petición del traslado total del folio registral.

En cuanto a los requisitos para optar a este cambio, en términos generales son que se diagnostique “*disforia de género*” y se otorgue un tratamiento de al menos 2 años, bajo ciertas condiciones. El artículo 4.1 establece que la rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite:

a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y

⁷⁸⁶ Además hay que recordar que luego de la polémica Ley 13/2005 vino la Ley 15/2005, publicada en el Boletín Oficial del Estado N° 163, el 9 de julio de 2005, y por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Ambas reformas han de traer a la doctrina española el análisis sobre los verdaderos alcances hoy del matrimonio como institución central y eje de la familia, y aspectos relacionados a ella como son la paternidad y maternidad o las situaciones producidas desde el punto de vista patrimonial al disolverse el matrimonio, desde diversas ópticas como el Derecho de Familia o la mencionada del Derecho Internacional Privado, por ejemplo.

persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior.

b) Que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado. La acreditación del cumplimiento de este requisito se efectuará mediante informe del médico colegiado bajo cuya dirección se haya realizado el tratamiento o, en su defecto, mediante informe de un médico forense especializado.

El gran desarrollo viene en el numeral 2 del artículo 4, al establecer que no es necesario para la concesión de la rectificación registral de la mención del sexo de una persona que el tratamiento médico haya incluido cirugía de reasignación sexual. Así las cosas, los tratamientos médicos a los que se refiere la letra b) del apartado 1 del mismo artículo no serán un requisito necesario para la concesión de la rectificación registral cuando concurren razones de salud o edad que imposibiliten su seguimiento y se aporte certificación médica de tal circunstancia.

Los efectos de la resolución que acuerda la rectificación de la mención registral del sexo son de carácter constitutivo a partir de su inscripción en el Registro Civil, y permitirán a la persona ejercer todos los derechos inherentes a su nueva condición, sin alterar la titularidad de los derechos y obligaciones jurídicas que pudieran corresponder a la persona con anterioridad a la inscripción del cambio registral.

Si bien esta ley es considerada pionera en muchas partes del mundo, algún sector de la sociedad civil a favor de los derechos de estas personas la ha criticado por entender que toma no obstante el criterio de la patologización que está presente a partir de la inclusión de la *disforia de género* en el DSM IV. Esta es la mayor crítica que proviene desde el mundo de los transexuales e intersexuales al estado español y ha quedado en evidencia en recientes manifestaciones en la ciudad de Barcelona con ocasión del despliegue que desde la sociedad civil, organizada en la campaña mundial “*Stop 2012: Stop Trans Pathologization*”, se viene haciendo para obtener la descataloguización de la *disforia de género* por parte de la Asociación Americana de Psiquiatría. En el marco de estas manifestaciones sociales se reclamó al estado español por las incongruencias de este desarrollo legislativo y se le instó a modificarlo para hacerlo consecuente con compromisos internacionales de derechos humanos que rigen para el país ibérico según alguna corriente⁷⁸⁷.

Finalmente hay que decir que en la actualidad el país debate el llamado “Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y No Discriminación” que vendría a complementar estos cuerpos legales, todos por cierto sobre la base que otorga el artículo 14 de la Constitución española, y del que se pueden indicar como puntos interesantes para lo que será la discusión durante los primeros meses de 2011 lo referido a la ampliación de los criterios de discriminación, incluyendo la *orientación sexual* y la *identidad de género*; la inversión de la carga de la prueba, y la creación de una nueva institucionalidad, la “Autoridad Estatal para la Igualdad de Trato” que si bien no tendría poder

⁷⁸⁷ “Noticias. 5 de junio de 2010. Barcelona acogió este sábado la mayor manifestación contra la patologización de la transexualidad de la historia”. Fuente: <http://www.stp2012.info/es/noticias> (último acceso: 12 de junio de 2010)

sancionador sí se persigue que preste asistencia a quienes sufran discriminación, directa o indirecta, y actúe como mediador entre las partes en conflicto.

1.3. Una mirada al caso chileno.

En cuanto a Chile hay que decir que si bien la *sexualidad* hoy ya no es un tema tabú, en este austral país del mundo queda mucho camino por recorrer antes de poder decir que se está construyendo un marco normativo adecuado para evitar la discriminación por todo lo que la *sexualidad* conlleva, específicamente la *orientación sexual e identidad de género*, encontrando en la bibliografía nacional consultada que en general cuando se ha llegado en las últimas décadas a tópicos relacionados con ella se hace desde la perspectiva de su relación con la salud (VIH/SIDA, prevención de embarazos precoces, métodos anticonceptivos) o en los últimos años, en relación a cuestiones de orden práctico que afectan ciertas estructuras socio-jurídicas esenciales (efectos patrimoniales de las uniones entre personas del mismo sexo, problemas con el cambio de sexo registral para personas transgéneros, violencia sexual doméstico-familiar hacia mujeres, planificación familiar), más que desde la recepción de espacios para ir discutiendo como sociedad las diversas formas de expresión de la *sexualidad humana* y el respeto que ellas han de merecer bajo marcos normativos adecuados de igualdad y no discriminación, produciéndose así entonces una fragmentación en los debates sobre *sexualidad*, condicionados según la óptica con que se mire y sin que parezca reconocerse las diversidades sexuales desde una verdadera óptica de derechos, como parte de un necesario debate sobre cómo construimos nuestra identidad y cómo la autonomía sexual ha de ser parte de ella cuando no afecta a su vez la autonomía de terceros⁷⁸⁸.

⁷⁸⁸ Lo que existe actualmente entonces en Chile es la regulación parcializada e incompleta en muchos casos, de algunas cuestiones específicas relacionadas con la sexualidad. Un ejemplo se da a propósito de los *derechos reproductivos*, a partir de la tutela de los derechos del que está por nacer; protección de la maternidad; penalización del aborto y normativización parcial del uso de ciertos métodos anticonceptivos, tema éste último que ha traído gran polémica en los últimos meses a partir de un Fallo del Tribunal Constitucional, de 18 de abril de 2008, que prohibió la distribución por el gobierno de la llamada “píldora del día después”, es decir, de un método de anticoncepción de emergencia pensado de esa forma para que pudieran acceder las personas de escasos recursos económicos en determinadas situaciones. El tema ha sido preocupación respecto de los embarazos producto de violencia sexual en un país en que se prohíbe el aborto en todos casos y ha sido recurrente en los últimos gobiernos desde que en 2001 el Instituto de Salud Pública y el Ministerio de Salud autorizaran el registro sanitario de Postinal y Postinor 2 (nombre comercial para el componente *Levonorgestrel*, como principio activo de la píldora), lo que dio lugar a una serie de enfrentamientos en distintas sedes jurisdiccionales que, en síntesis, giraron sobre si la píldora es o no abortiva y que tienen su capítulo más controversial en este fallo de abril de 2008. El mismo tuvo su origen en un requerimiento presentado en marzo de 2007 (Causa Rol 740-2007), por 36 diputados en ejercicio, pidiendo que se declarara la inconstitucionalidad en todo o en parte del Decreto Supremo Reglamentario N° 48, del Ministerio de Salud, de 3 de febrero de 2007, que aprueba las *Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad*. La polémica jurídica no se hizo esperar y al poco tiempo de la drástica decisión del ente constitucional la Asociación Chilena de Municipalidades, seguida de otros peticionarios, solicitó a la Contraloría General de la República un pronunciamiento que determinara si procedía que las municipalidades, al amparo de la legislación vigente, implementaran nuevas prestaciones de salud insertas en planes comunales de esa naturaleza, en los casos en que no exista política pública ministerial, teniendo en cuenta la autonomía de esas corporaciones de derecho público, establecida a nivel constitucional y legal, y las funciones que en dicho ámbito les encomienda la ley respectiva (Ley N° 18.695). Así las cosas, la Contraloría General de la República fue quien vino a escribir el último capítulo relevante hasta hoy en la materia con su Dictamen N° 31356, de 16 de junio de 2009 que estableció que conforme al principio de legalidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política y 2° de la ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, es condición sine qua non que dichas acciones se ajusten a la juridicidad vigente y que considerando lo ya asentado por el Excmo. Tribunal Constitucional, en su calidad de intérprete jurídico supremo de la Constitución, en orden a que constituye una vulneración a la Carta Suprema la realización por parte de los entes integrantes de la Red Asistencial del Sistema Nacional de Servicios de Salud, de acciones que impliquen la utilización del fármaco Levonogestrol y el método combinado Yuzpe, denominados “píldora del día después”, conforme a la resolución recaída en el requerimiento de inconstitucionalidad causa rol N° 740-2007 y teniendo en cuenta que entre aquéllos se encuentran los municipios, necesario es informar que las municipalidades

El artículo 1º de la Constitución Política de la República de Chile de 1980 establece que “*Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”. Más adelante en el texto, la norma que consagra las garantías constitucionales, el artículo 19, se encarga de garantizar en el numeral 2º la igualdad ante la ley y la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos de todas las personas. La no discriminación en tanto, viene consagrada en el numeral 16 del mismo artículo, a propósito de la libertad de trabajo y su protección, prohibiéndose entonces cualquiera discriminación que no se base en la capacidad o idoneidad personal. No existe entonces una norma constitucional específica que ampare la no discriminación por cualquier causa, entre ella, la *sexualidad*, de un modo general y abierto.

Si bajamos ahora al plano normativo legal tampoco se encuentra este desarrollo con un resultado real. En efecto, lo que se encuentra en abundancia son proyectos de leyes referidos a la igualdad y la no discriminación que contemplan dentro de los criterios protegidos al *sexo* o la *orientación sexual* en concreto, sea en general o sea en esferas específicas de la vida social, y que han sido archivados o se encuentran en etapa de tramitación, desde hace más de una década en algunos casos⁷⁸⁹.

quedan comprendidas en el ámbito de aplicación de dicha sentencia y, en consecuencia, están jurídicamente impedidas de implementar planes o programas o realizar actividades o acciones que impliquen la utilización o entrega a cualquier título de ese fármaco, ni aun a costo municipal o mediante cobro al usuario. Este polémico dictamen del órgano contralor abrió ahora un debate en Chile sobre la posibilidad real de acceder a la “píldora” para quienes tienen recursos económicos y usan el sistema de salud privada, lo cual trae causa para una mayor inequidad en el país y conspira con la supuesta prevención por el riesgo de “abortiva” de este método. Además, dio pie para la rápida tramitación parlamentaria de la Ley N° 20.418, sobre Información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada en el Diario Oficial de 28 de enero de 2010, que vino a establecer en su artículo 1º que toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial; que dicha educación e información deberán entregarse por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, y abarcar todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, y el grado y porcentaje de efectividad de cada una de ellas, para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad y, especialmente, para prevenir el embarazo adolescente, las infecciones de transmisión sexual, y la violencia sexual y sus consecuencias, incluyendo las secundarias o no buscadas que dichos métodos puedan provocar en la persona que los utiliza y en sus hijos futuros o en actual gestación; y que el contenido y alcance de la información deberá considerar la edad y madurez psicológica de la persona a quien se entrega. En lo que parece un enorme avance establece esta misma ley en el inciso 3º de su artículo 1º que “*Este derecho comprende el de recibir libremente, de acuerdo a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual*”. Sobre algunos antecedentes históricos de esta cuestión en Chile véase Casas, L. *La batalla de la Píldora. El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina*, en Revista Derecho y Humanidades, N° 10, 2004.

Hay que apuntar sobre este tema también la existencia de un *Proyecto de Ley Marco sobre Salud y Derechos sexuales reproductivos*, que ingresó el 1º de julio de 2008 como moción parlamentaria a la Cámara de Diputados y que fue archivado el 15 de julio de ese año. Ese proyecto vino a reemplazar en los hechos al *Proyecto de Ley Marco sobre Derechos sexuales y reproductivos*, que ingresó el 19 de octubre de 2000 como moción parlamentaria y que estaba en tramitación pero sin movimiento efectivo desde el 28 de noviembre de 2000. Fue debidamente revisado y actualizado con la participación de varios actores civiles implicados con el tema y vinculados al ICMER (Instituto Chileno de Medicina Reproductiva), al Programa Género y Equidad de FLACSO Chile, a la Universidad Diego Portales, a PROSALUD CHILE y a APROFA (Asociación Chilena para la Protección de la Familia) sin embargo no ha recibido atención suficiente en la agenda política de los parlamentarios chilenos.

⁷⁸⁹ Dentro de los proyectos que no han sido archivados tal vez el más ambicioso sea la *Ley contra la Discriminación y por la Igualdad de oportunidades*, que ingresó el 25 de julio de 1990 como moción parlamentaria, junto con la llegada de la democracia a Chile. Al día de hoy en todo caso sigue en tramitación sin carácter de urgente y sin ninguna trascendencia desde el punto de vista mediático. Otros Proyectos ingresados al Parlamento chileno, abordando la cuestión de la no discriminación en función de identidades específicas y que han sido archivados son: el *Proyecto de Ley sobre Discriminación racial y étnica*, que ingresa el 3 de marzo de 1998 como moción parlamentaria y es archivado el 3 de agosto de 2006; el *Proyecto de Reforma Constitucional que Establece Garantía Constitucional de No Discriminación en los establecimientos educacional con aporte estatal, en razón de sexo, edad, nacionalidad, etnia o raza, condición física o psíquica, situación socioeconómica, religión o ideología*; que ingresa el 14 de marzo de 2000 como moción parlamentaria y se archiva el 12 de abril de 2002; el *Proyecto de Reforma Constitucional que Prohíbe constitucionalmente movimientos basados en principios de inferioridad de razas, etnias, religiones o naciones*, que ingresa el 22 de junio de 2000 como moción parlamentaria y se archiva el 15 de junio de 2006; el *Proyecto de Reforma Constitucional que Establece constitucionalmente el derecho a no discriminación arbitraria*, que ingresa el 3 de agosto de 2000 como moción parlamentaria y se archiva el 15 de junio de 2006; el *Proyecto de Ley que Garantiza la No discriminación por razones de maternidad o lactancia*, que ingresa el 11 de abril de 2001 como moción parlamentaria y se archiva el 2 de marzo de 2004; el *Proyecto de Ley que Establece una nueva agravante de responsabilidad criminal fundada en la comisión de delitos por motivaciones racistas, xenofóbicas o discriminatorias*, que ingresa el 20 de junio de 2002 como moción parlamentaria y se archiva el 20 de julio de 2006; y el *Proyecto de*

En el marco de los proyectos de ley en actual tramitación, sin duda los más relevantes para la cuestión que ocupa este capítulo son los que tienen que ver con las parejas del mismo sexo y los efectos de estas uniones, y lo que toca relación con los problemas de cambio de nombre y de sexo registral en materia de *disforia de género*.

En el primer punto, se encuentran hoy en tramitación en forma paralela el *Proyecto de Ley que Establece un Pacto de Unión Civil*, que ingresó el 27 de octubre de 2009 por Moción de Diputados y que se encuentra en primer trámite constitucional; el *Proyecto de Ley que regula la figura contractual denominada Acuerdo de Vida en Común*, que ingresó el 29 de junio de 2010 por Moción y el trabajo directo del Senador Andrés Allamand del actual Partido gobernante, Renovación Nacional, y el *Proyecto de Ley sobre Contrato de Matrimonio entre personas del mismo sexo*, ingresado el 3 de agosto de 2010 como Moción de un grupo de senadores socialistas, con oposición dentro de parte de su propio bloque y el absoluto rechazo de la coalición gobernante, todos los cuales suceden a otras iniciativas en la misma línea que no tuvieron nunca un futuro real⁷⁹⁰.

El Proyecto de ley que crea el contrato "Acuerdo de Vida en Común" (AVC) busca reconocer jurídicamente a las parejas, sin discriminaciones de sexo, que mantienen uniones o convivencias de hecho. En lo fundamental, el proyecto sostiene que "*el acuerdo de vida en común es un contrato celebrado por dos personas naturales, mayores de edad, para regular sus relaciones de convivencia en un hogar común, con voluntad de permanencia y de ayuda mutua*" y deberá ser otorgado por escritura pública, generará entre las partes derechos y obligaciones; y no podrá sujetarse a plazo, condición, modo ni gravamen alguno, salvo los que se establecen en la ley.

En cuanto a su fundamento se indica que el proyecto descansa en la convicción de que una sociedad democrática y de libertades exige reconocimiento y respeto por aquellas opciones de vida, que sin perjudicar a terceros, expresan la autonomía de la voluntad.

Esta moción reserva el matrimonio exclusivamente a parejas de distinto sexo y - a diferencia de otras iniciativas legales - exige que para poder suscribir un acuerdo de vida en común los contratantes no se encuentren ligados por vínculo matrimonial no disuelto, bajo sanción expresa de nulidad.

La iniciativa se estructura en cuatro títulos. El primero contiene la definición legal del contrato o acuerdo de vida en común, la capacidad, requisitos y formalidades para celebrarlo; el segundo aborda los efectos del acuerdo de vida en común; el tercero trata la expiración del acuerdo y la liquidación de los bienes indivisos y el cuarto contiene una serie de disposiciones generales.

Ley que Establece Discriminación positiva a favor de las mujeres, que ingresa el 6 de agosto de 2002 como moción parlamentaria y se archiva el 15 de junio de 2005.

⁷⁹⁰ Antes se encuentran el *Proyecto de Ley de Fomento de la No Discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*, que ingresa el 10 de julio de 2003 como moción parlamentaria y se archiva el 4 de agosto de 2009 y el *Proyecto de Ley que regula la Unión civil de personas del mismo sexo*, que ingresó el 19 de marzo de 2008 por Moción, con origen en la Cámara de Diputados y que fue archivado el 1° de junio de 2010.

En este proyecto también se regulan aspectos patrimoniales que surgen con la vida en común y aspectos de tipo sucesorio aunque con importantes diferencias jurídicas entre las uniones civiles y el matrimonio. En la teoría el AVC solucionaría algunos problemas que afectan a parejas de distinto sexo que han convivido durante largo tiempo y que por su propia voluntad han resuelto no casarse. Por ejemplo, cuando al fallecimiento de uno de los convivientes los herederos de éste hacen valer tal condición en el patrimonio del causante, sobre el cual el conviviente carece de todo derecho. Al respecto, cabe indicar que conforme a la legislación chilena a la sucesión intestada del difunto son llamados por ley, en ausencia de parientes más próximos, los colaterales hasta el sexto grado inclusive y, a falta de estos, el Fisco. El proyecto ayudaría a evitar un problema de común ocurrencia como es que la conviviente de años es literalmente expulsada de la vivienda donde compartió su vida con el fallecido, frente a la aparición súbita de herederos que muchas veces hace décadas no tenían contacto de ninguna naturaleza con aquel o cuyo parentesco es muy remoto, hipótesis que también es frecuente en parejas del mismo sexo en que hay oposición de los parientes del fallecido o fallecida.

En lo que respecta a la expiración del acuerdo de vida en común y de la liquidación de los bienes indivisos, se propone que el AVC expira por la muerte de uno de los contratantes; por consentimiento mutuo de las partes, que conste de escritura pública; por voluntad de una de las partes manifestada en escritura pública; por el matrimonio de los contratantes entre sí o de uno de ellos con un tercero; por la declaración de nulidad del contrato, y por declaración judicial de cese de la convivencia, a petición de cualquiera que tenga intereses sucesorios.

Asimismo, se plantea que la liquidación de los bienes comunes se efectuará de común acuerdo por las partes o por la justicia ordinaria en subsidio, pudiendo las partes de común acuerdo someter la liquidación al conocimiento de un árbitro arbitrador.

Ahora bien, a este proyecto rápidamente ha seguido el último en la lista de los que corren en Chile a favor de las uniones entre personas del mismo sexo y que es el que busca establecer en el país una modificación a la institución del matrimonio del artículo 102 del Código Civil, concebida como *“un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente y por toda la vida con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente”*.

En lo sustancial el objeto de este proyecto de ley consiste en modificar el actual concepto de matrimonio dispuesto en el Código Civil eliminando dos características del precepto vigente. En primer término, el requisito de que los contrayentes deban ser un hombre y una mujer, es decir personas de diferentes sexos, y en segundo lugar, la finalidad de procreación del matrimonio y, por supuesto, hacer todas las adecuaciones legislativas que puedan ser necesarias para la coherencia de un eventual nuevo matrimonio ahora entre personas de igual sexo.

Pese a lo “revolucionario” que aparece un proyecto como éste para un país conservador en lo esencial y en que ha costado abrir espacios a la *sexualidad* como tema de y sobre derechos, el proyecto parece en una primera lectura carente de mayor fundamentación pero sí pleno de mucha

“oportunidad”. Haciendo referencia al carácter decimonónico del Código Civil nacional, hay un fuerte apoyo en esa idea y en la de lo que ha ido ocurriendo en otras sociedades nacionales, con el caso emblemático de Argentina y su reciente nueva ley, sin observar en esta parte de fundamentos que el proyecto explique el verdadero estado de la cuestión en Chile, al modo de reflejar de verdad el problema de discriminación que está detrás.

Parecía útil aprovechar esta instancia para hacer una sólida reflexión socio-jurídica sobre los verdaderos cambios de la sociedad chilena en materia de *sexualidad* - y por cierto de “familia” - antes de llegar a la drástica conclusión de necesitar reformar una institución como el matrimonio sin pensar en regular antes de forma adecuada todas las uniones de hecho, sean hetero u homosexuales.

Como es fácil suponer, estos proyectos y sus antecesores han traído algún importante debate a nivel doctrinario en el ámbito chileno, enfrentándose en esencia diversas posiciones que se podrían agrupar en torno a dos grandes lineamientos o corrientes de pensamiento.

De un lado y haciendo resumen de sus planteamientos, quienes sostienen que es inconstitucional cualquier iniciativa en el sentido de reconocer uniones entre personas del mismo sexo que puedan ser asimilables al matrimonio, porque la Constitución chilena postula un modelo de familia que es heterosexual y fundado en el matrimonio como institución sobre la cual el legislador no puede intervenir hasta el punto de afectarla, por ser naturalmente así y anterior a ella misma. En esa misma lógica evidentemente, entienden plenamente contrario al orden constitucional la sola mención de un posible matrimonio entre personas del mismo sexo⁷⁹¹.

Por el otro lado se encuentra el grupo que somos contrarios a una lectura ideologizada del texto constitucional, entendiendo que la constitución chilena brinda un marco de protección a la persona humana y a la familia, como núcleo fundamental de la sociedad, sin existir en verdad justificación para atentar contra el principio de igualdad dando mayor valor a una clase de familia en desmedro de otras, pues todas estarán formadas por personas en que no debe importar su raza, sexo, idioma, color, opinión política, nacimiento o cualquiera otra condición, óptica bajo la cual todas las formas de familia - y porque así lo dice también el derecho internacional - deben ser protegidas sin discriminación, siendo necesario entonces para el caso de familias formadas por personas LGTB alguna estructura jurídica que sea equivalente al menos trato que reciben quienes acceden al matrimonio como una especie principal dentro del género llamado familia. En efecto, ello no vulnera la institución legal del matrimonio como aún está concebida en Chile (como un “*contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y para toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente*”, según reza el artículo 102 del Código Civil) sino por el contrario, se cumplen con ello los imperativos que la

⁷⁹¹ En este sentido véase por ejemplo, Candía, G., “Uniones de Hecho homosexuales. Un análisis constitucional”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008; y Corral, H., “Regulación Legal de las Uniones Homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a los Profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007.

propia Constitución establece al garantizar en el artículo 1° (es decir, entre las Bases de la Institucionalidad chilena) la igualdad entre todas las personas y estableciendo que la familia es el núcleo fundamental de la sociedad, que el Estado ampara a los grupos intermedios a partir de los cuales se organiza y estructura la sociedad, está al servicio de la persona humana y tiene por fin promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece. Esto además debe entenderse en el marco de la relación con el artículo 5° y el deber de los órganos del Estado de respetar y promover los derechos garantizados por la propia Constitución - entre ellos la igualdad ante la ley y la no discriminación - así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, perspectiva jurídica esta última que se olvida a quienes buscan un fundamento filosófico y moral a una cuestión que es jurídica, si es que vamos a hablar de la constitucionalidad o no de los diferentes proyectos que abordan esta compleja temática. La Constitución chilena, se estima por esta corriente, no ampara sólo un concepto de familia como el que propugnan algunos sectores. Por lo demás, la Ley N° 19.947, sobre Matrimonio Civil, estableció en 2004 que el matrimonio es la base principal de la familia, lo que no da lugar a dudas sobre qué en Chile, la familia no sólo se puede construir sobre la base del matrimonio heterosexual del Código Civil⁷⁹².

Ahora bien, de esta conclusión a favor de una regulación de la realidad del mundo LGTB a la idea de aceptar el matrimonio entre dos personas del mismo sexo hay matices y algunos pasos aún que la sociedad debe dar y que incluyen reflexiones sobre las uniones de hecho, sean entre personas del mismo sexo o no, que aún no reciben suficiente tratamiento doctrinario a nivel nacional. Pienso por ejemplo en que al establecer que el matrimonio es la base principal de la familia, el legislador nacional otorga simple y sencillamente un estatuto superior a quienes se unen bajo el contrato de matrimonio lo que conforme al estatuto actual supondría privilegiar a los heterosexuales pues son los únicos que pueden acceder a este estatus⁷⁹³. Del mismo modo, regular legalmente las figuras de las “uniones de hecho”, sean heterosexuales u homosexuales, va a generar a su vez (o podría generar) discriminación hacia quienes no desean firmar ninguna clase de documento que “legalice” su unión afectiva por la existencia de regímenes diversos⁷⁹⁴.

⁷⁹² Véase en esta línea Quezada, F., “Concepto constitucional de familia”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008; y Villar, Gonzalo, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de Chile”, en *Gaceta Jurídica*, N° 293, noviembre, 2004.

⁷⁹³ Con fecha 14 de diciembre de 2010, la Corte de Apelaciones de Santiago ha solicitado un pronunciamiento el Tribunal Constitucional sobre la posible inconstitucionalidad de la negativa del Registro Civil a celebrar matrimonios del mismo sexo y del propio artículo 102 del Código Civil - que define el matrimonio - todo ello en el marco del recurso de protección interpuesto por el Movimiento de Integración y Liberación Homosexual, a favor de tres parejas, dos de las cuales tuvieron que casarse en el extranjero. El hecho ha sorprendido a la opinión pública nacional y se espera que el Tribunal se pronuncie sobre el complejo y polémico tema en las primeras semanas del año 2011.

⁷⁹⁴ Entre las obras publicadas en Chile que abordan la cuestión de manera integral se pueden encontrar las siguientes Barrientos, J., *De las Uniones de Hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009 y Hernández, G., *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Editorial Arcis, Santiago, 2009.

En cuanto al segundo aspecto de interés, lo relativo a los problemas para *identidades de género* diversas, existe actualmente en tramitación el *Proyecto que introduce modificaciones a la Ley N° 4.808, sobre Registro Civil e Identificación, permitiendo el cambio de sexo de las personas con disforia de sexo*, ingresado como moción parlamentaria el 7 de enero de 2008 a la Cámara de Diputados y que se encuentra en primer trámite constitucional para el Informe de la Comisión de Familia.

En Chile no existe obligación de someterse a intervención quirúrgica para quienes deseen “cambiar de sexo”, ni tampoco existe hasta esta fecha un marco legal para cambiar el nombre y apellido de las personas transexuales. Lo que existe es la opción de intentar el cambio de nombre bajo el amparo de la Ley N° 17.344, de 1970, que autoriza el cambio bajo ciertas causales, entre ellas, cuando el nombre sea ridículo, risible o menoscabe a la persona moral o materialmente; o cuando el solicitante ha sido conocido durante más de cinco años por motivos plausibles con nombres o apellidos, o ambos, diferentes de los propios. Esto supone un procedimiento judicial que requiere patrocinio de abogado e importa en la práctica que las personas deben rendir pruebas sobre su *género* y pueden ser sometidas a exámenes físicos ante el Servicio Médico Legal.

Un caso emblemático en el país es el del activista Andrés Ignacio Rivera Duarte, varón transexual, quien el 12 de enero de 2008 contrajo matrimonio con su novia Rosa Navarro, convirtiéndose en el primer *hombre trans* de Chile en obtener un cambio de nombre legal sin necesidad de cirugía de reasignación de sexo o “faloplastía” (que en términos simples consiste en la construcción quirúrgica de un pene) conforme dicho marco legal el 4 de mayo de 2007 y tras pasar por exámenes calificados por él mismo como vejatorios ante el Servicio Médico Legal en el marco de un proceso verdaderamente castigador⁷⁹⁵. Unos meses antes, el 4 de enero de 2007, la primera

⁷⁹⁵ Sobre la tramitación de su cambio dice Rivera Duarte “*La forma de hacerlo es bastante complicada según mi punto de vista y super discriminadora y castigadora porque primero cuando uno tiene que empezar a hacer este proceso legal lo primero es que debes acreditar que efectivamente eres transexual. Acreditar en ese país que uno es transexual significa que una psicóloga tiene que evaluarme, que una psiquiatra tiene que certificar y decir que yo soy lo que digo que soy. Posteriormente pasar a un tratamiento hormonal sin los certificados, a no ser que uno lo haga en el mercado negro, que no es la idea, pero sin los certificados psicológico y psiquiátrico que acrediten que yo soy transexual no puedo pasar a un tratamiento hormonal, tampoco puedo realizarme las operaciones de mastectomía e histerectomía... Eso nosotros lo consideramos bastante castigador...Me evalúan y me certifican y dicen lo que yo soy personas que no tienen idea de transexualidad...Son muy pocos los que saben y lo otro es que efectivamente se ve como un problema de trastorno mental y no como un problema de identidad de género propiamente tal, sino como una enfermedad o un trastorno... Los hospitales de Chile no todos quieren operarnos simple y llanamente por ser transexuales...Tampoco se nos deja tomar decisiones sobre nuestro propio cuerpo, a las personas transexuales se nos obliga a esterilizarnos, no podemos tener hijos, por lo tanto nuestros derechos reproductivos no existen...Se materializa en los tribunales y en el registro civil. En los tribunales porque exigen que los hombres transexuales nos hagamos la histerectomía y a las mujeres transexuales se les exige que se hagan la vaginoplastia y en el registro civil porque hay una consulta del tribunal al registro civil y el registro civil responde el oficio y dice claramente que si la persona en cuestión ha sido padre o madre no le pueden dar el cambio de sexo porque se supone que si yo fui madre, mi óvulo se ocupó, cómo si mi óvulo se ocupó yo quiero ser hombre hoy en día, porque además el único concepto que existe es el heteronormativo, de hombre y mujer y ningún otro ...Con estas operaciones de mastectomía e histerectomía más el certificado psicológico psiquiátrico más mi tratamiento hormonal yo presenté una demanda de cambio de nombre y de sexo...Hasta ahí iba todo relativamente bien pero el tribunal consulta al registro civil y también me mandó al Instituto Médico Legal...El Instituto Médico Legal hoy en día ha sido una de las peores experiencias que he pasado en mi vida. Yo tuve dos grandes quiebres en mi vida. El primero fue cuando me asumí y se produjo este quiebre social-familiar y el segundo fue el Instituto médico legal. Yo llegué al instituto médico legal, el médico me hace pasar, me hace desnudar, me sube a una camilla ginecológica, hace entrar a su secretaria con una cámara fotográfica, el tipo me empieza a hacer tacto anal para ver si yo había tenido relaciones por el ano y saca foto a mi ano, me hace tacto a mi clitoris para exponer el clitoris y ver cuanto había crecido y que tanto había crecido con las hormonas y saca fotos la secretaria de todo este proceso. No contento con eso decide introducir un espéculo para ver si yo era virgen vaginalmente o no...la secretaria seguía sacando fotos...nunca me sacó una foto a la operación de histerectomía que yo me la hice horizontal ni nunca le sacó una foto a mi pecho donde había una mastectomía...El Tribunal te manda para que te violen, te violan y además certifican que esa violación es normal porque tú eres trans y si eres trans tienes que ser virgen anal y vaginal, si tú eres*

mujer trans de Chile había ya logrado idéntico resultado para su causa. Tales casos resultan escasos en verdad pues lo que ha habido en la jurisprudencia es la tendencia a aceptar el cambio de nombre pero no de partida registral si no existe la cirugía de reasignación antes dicha⁷⁹⁶.

Ahora bien, además de los proyectos que he citado en relación a las cuestiones sobre *orientación sexual* y sobre *identidad de género*, están hoy en tramitación otros cuya conclusión en leyes o reformas constitucionales si es del caso, podrían contribuir a mejorar el marco regulatorio con que se puede vivir la *sexualidad* en Chile y, particularmente, la *orientación sexual*⁷⁹⁷.

En estos casos ha sido relevante para su ingreso al Parlamento la fuerza que han tomado los movimientos sociales a favor de una *sexualidad* que se pueda vivir libremente y de manera segura y la difusión que han tenido algunos casos emblemáticos como han sido el de la jueza Karen Atala y

trans no puedes haber tenido relaciones sexuales con nadie, si tú eres trans eres enfermito, y eso sigue sucediendo, lo único que nosotros hemos logrado es que no se estén introduciendo espéculos pero la vejación que a uno le hacen en el instituto médico legal es algo que pide el tribunal, que es entre comillas en nombre de la justicia para dejarte convertido en un estropajo humano y después quizá reconocerte que eres ser humano o no porque aún pasando por todo esto un juez te puede cambiar sólo el nombre pero no el sexo... Todo este proceso fue entre el 2004 y 2007". Consultado sobre cómo fue el trato más allá de la actitud que describe de parte del poder judicial durante este proceso señala "Cuando yo me hice la histerectomía a mí me operaron un día viernes, el médico estuvo conmigo el viernes, estuvo conmigo el sábado, el domingo no, había un médico de turno, el médico de afuera, del pasillo, llega y grita y dice "El que está aquí es el transexual?" La enfermera le dice que sí...ah dice...yo a este - con permiso tuyo - dice yo a este huevón no lo paso a ver y siendo el médico de turno no me pasó a ver ese día y al final llamaron al médico que me había operado porque yo estaba con mucho malestar, llamaron al médico que me había operado y el fue el domingo en la noche a verme, pero me tuve que aguantar todo el día ... Otra cosa Ximena que es super crucial, fíjate que lo que nos ha pasado es que las personas trans obligadamente tenemos que declararnos heterosexuales, porque si en el tribunal dijésemos que nuestra pareja es un hombre, en mi caso si hubiese sido un hombre no me dan el cambio... Eso es algo super tajante y marcado en Chile, a nivel de tribunales inclusive". Extractos del testimonio obtenido por esta autora en entrevista telefónica a don Andrés Ignacio Rivera Duarte efectuada el 6 de agosto de 2010.

⁷⁹⁶ Véase en tal sentido por ejemplo, Sentencia de Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 2.541-2009, de 25 de junio de 2009 la cual revocó una sentencia de un juzgado inferior sólo en cuanto rechazaba la solicitud de cambio de nombre. En su considerando 9° la sentencia del tribunal superior indica: "Que, con todo, para dar lugar al cambio de sexo en los registros de nacimiento respectivos, parece razonable exigir que el solicitante se someta previamente a una intervención para adecuar sus órganos genitales externos al sexo realmente vivido. En efecto, si bien la decisión adoptada en relación al cambio de nombre supone admitir que el componente psicológico de la sexualidad es determinante para los efectos de definir una verdadera identidad en ese ámbito, no es menos cierto que la presencia de genitales externos diferentes al sexo vivido, constituye un elemento de incerteza que es necesario eliminar, aún cuando resulte altamente improbable que el solicitante pudiese querer retornar a vivir de la manera propia de su sexo originario. Dicha prevención tiene presente, entre otras cosas, aspectos tales como la procreación y las dificultades que pudieren surgir en el caso de una eventual paternidad del solicitante, por afectar fundamentalmente los derechos de un tercero". Pese a la restricción impuesta de efectuar una cirugía - entendiendo que no es una exigencia legal lo cual hace más controversial el tema aún - la citada sentencia es relevante en el contexto nacional pues reconoce la estrecha relación entre el derecho al pleno desenvolvimiento de la personalidad como concepto fundamental ligado a la dignidad humana que está en la base de los principios y derechos que la Constitución establece (considerando 5°).

⁷⁹⁷ Como iniciativas de reforma a la Constitución Política se encuentran en actual tramitación el *Proyecto de Reforma de Constitución de la República con el objeto de establecer una nueva garantía constitucional en materia de derechos sexuales reproductivos*; que ingresa el 7 de octubre de 2004 por Moción y que está en primer trámite constitucional en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; el *Proyecto de ley que establece la garantía constitucional del derecho a la libertad sexual y reproductiva*, que ingresa el 27 de junio de 2006 y está actualmente en primer trámite constitucional; el *Proyecto de Reforma Constitucional sobre Expresiones no discriminatorias*, que ingresó el 17 de enero de 2006 por Moción y que se encuentra en primer trámite constitucional; el *Proyecto de Ley que Modifica la Constitución Política de la República, estableciendo igualdad de género en la denominación de las autoridades*; que ingresa el 7 de noviembre de 2006 por Moción estando también en primer trámite constitucional; el *Proyecto de Ley que Modifica el número 22 del artículo 19 de la Constitución Política de la República con el objeto de reforzar los principios de igualdad ante la ley y aquellos de no discriminación arbitraria*, que ingresó el 24 de enero de 2007 por Moción y está aún en primer trámite constitucional; la *Reforma Constitucional que resguarda de mejor forma la vida del niño que está por nacer*, que ingresa el 8 de mayo de 2007 por Moción y está en primer trámite constitucional; y la *Reforma Constitucional que incorpora normas contra la discriminación y publicidad que atente contra la dignidad de las personas*, que ingresa el 11 de julio de 2007 por Moción y está en primer trámite constitucional.

Entre los proyectos legales destaco el *Proyecto de Ley sobre Fomento de la No discriminación y contrato de unión civil entre personas del mismo sexo*, que ingresó el 10 de julio de 2003 como moción parlamentaria; el *Proyecto de Ley que Establece Medidas contra la discriminación*, que ingresa el 22 de marzo de 2005 por mensaje y que se encuentra en segundo trámite constitucional, con el Segundo Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, aunque el 29 de julio de 2008 se le retiró la suma urgencia; el *Proyecto de Ley que Evita discriminaciones en el llamado a proveer un cargo público*, que ingresa el 13 de septiembre de 2006 por Moción y también en primer trámite constitucional; el *Proyecto de Ley sobre Interrupción del Embarazo*, que ingresa el 19 de diciembre de 2006 por Moción y está en primer trámite constitucional; y el *Proyecto de Ley que regula los derechos de las alumnas de establecimientos de educación superior, en situación de embarazo o maternidad*, que ingresa el 13 de noviembre de 2007 y está en primer trámite constitucional.

el de la profesora de religión Sandra Pavez, que reflejan la falta de recepción en Chile de una concepción amplia de la *sexualidad* en todos los niveles y a los que me referiré un poco más adelante en este apartado⁷⁹⁸.

En efecto, organizaciones de la sociedad civil como el Movimiento Unificado de Minorías Sexuales (MUMS⁷⁹⁹), el Movimiento Chileno de Minorías Sexuales (MOVILH⁸⁰⁰), la Corporación Humanas⁸⁰¹, o la Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad (OTD⁸⁰²) realizan, cada uno desde su especial enfoque y de acuerdo a sus medios y fines específicos, una importante labor de difusión de la *diversidad sexual* y de las carencias que existen en el medio nacional chileno, tanto a nivel social como a nivel de políticas públicas y reconocimiento y protección jurídica, actuando en el marco de la permanente campaña de algunos sectores de la sociedad, como la Iglesia Católica o grupos de derecha ultra conservadora, que bogan por mantener la situación en el nivel de indiferencia en que se encuentra, cerrando las puertas al necesario dialogo que cuestiones de esta naturaleza requieren en una sociedad contemporánea.

Por su parte, los casos señalados han servido para poner por fin el tema a debate entre varios de los actores relevantes contra incluso el deseo de tales grupos opositores.

El 23 de julio de 2008 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos declaró admisible la denuncia presentada en noviembre de 2004 por la jueza chilena por estimar que se habían vulnerado sus derechos al privársele por el máximo tribunal chileno de la tutela de sus hijas por su *orientación sexual* de lesbiana. A juicio de la Corte Suprema nacional, esta condición de su madre no garantiza a las niñas el desarrollo “normal” de su vida familiar, las deja en un estado de “vulnerabilidad en su medio social” y constituye una “causa calificada” prevista en la legislación nacional (artículo 225 del Código Civil) para entregar el cuidado personal de las hijas al padre en lugar de a la madre⁸⁰³, cuidado para el cual no estaba inhabilitada en caso alguno según las decisiones previas de los juzgados de menor jerarquía y que motivaron el recurso de queja ante el superior por el padre y ex cónyuge, terminando con el resultado que llevó a Atala a Washington. Como parece evidente al juicio de esta autora, la calificación que hizo la Corte Suprema sobre lo que es una “causa calificada” para efectos de tuición, se opone al principio del interés superior del niño, reconocido internacionalmente y aceptado por Chile, que supone analizar cada caso en particular, considerando las individuales circunstancias de cada niño o niña y no asumir, al modo de un verdadero prejuicio moral dotado de valor jurídico y al que el derecho así daría un equivocado

⁷⁹⁸ Otros casos con impacto en la sociedad chilena en los últimos años han sido la expulsión de un alumno del Liceo Guillermo Rivera de Viña del Mar en el año 2005, el cual sufría acoso por parte de un grupo neo nazi por la aversión de estos grupos a las personas declaradas o supuestamente homosexuales, por estimar el colegio que causaba muchos problemas al establecimiento, privándolo de la posibilidad de graduarse pese a haber mantenido siempre un buen rendimiento de notas; la expulsión desde Carabineros de Chile de tres oficiales homosexuales en el año 2007, sin mediar de por medio otra causa que su orientación sexual, aún cuando dos de ellos fueron reincorporados en el año 2008; y la negativa, en julio de 2008, por parte de la Municipalidad de la comuna de Independencia, para que una transexual pudiera obtener el permiso para ejercer de vendedora ambulante de forma legal.

⁷⁹⁹ Véase su sitio oficial: <http://www.mums.cl/sitio/home.htm> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁸⁰⁰ Véase su sitio oficial: <http://www.movilh.cl/> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁸⁰¹ Véase su sitio oficial: <http://www.humanas.cl/> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁸⁰² Véase su sitio oficial: <http://transexualesdechile.org/> (último acceso: 7 de enero de 2011)

⁸⁰³ Sentencia de la Cuarta Sala de la Corte Suprema de Chile, de fecha 31 de mayo de 2004, Causa Rol 1193-03.

respaldo, que por el solo hecho de vivir en un hogar en que la madre es lesbiana ello supondría una estigmatización y una discriminación de parte de la sociedad⁸⁰⁴.

Conforme a la *Convención Interamericana de Derechos Humanos* la Comisión estimó admisible la presentación por vulneración de los derechos establecidos en los artículos 8°.1° (garantía judicial de ser oída por un tribunal imparcial); 11.2° (derecho a no ser sujeto de injerencias abusivas o arbitrarias en el marco del derecho a la honra y la dignidad); 17.1° (protección a la familia como elemento natural y fundamental de la sociedad); 24 (igualdad ante la ley) y 25 (protección judicial), en conexión con los artículos 1° (obligación de respetar los derechos sin discriminación) y 2° (deber de adoptar disposiciones de derecho interno), y 19 (derechos del niño a medidas de protección) y 17.4 (obligación de los estados de tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en el marco de la necesaria protección de los hijos) en relación a los derechos de las niñas⁸⁰⁵.

El llamado *caso Atala* está marcando un paso que puede significar para el futuro mediato que Chile tenga que enfrentar este tema de cara a su responsabilidad internacional en materias de derechos humanos ante la Corte ya con fecha 17 de septiembre de 2010 el caso fue ingresado por la Comisión ante el tribunal americano⁸⁰⁶, lo cual tiene bastante que ver con la negativa del Poder Judicial de sumarse a los intentos para buscar políticas públicas, programas y reformas legislativas para prohibir y terminar con la discriminación por *orientación sexual*⁸⁰⁷.

En efecto, al no prosperar una solución amistosa al caso entre julio de 2008 y el fin del año 2009, la Comisión emitió su Informe de Fondo 139/09 el 18 de diciembre de 2009 concluyendo que el estado había violado los derechos de los artículos 11.2, 17.1, 17.4, 19, y 8.1 y 25.1 del *Pacto de San José de Costa Rica* en relación con el 1.1, recomendando al Estado reparar integralmente a Karen Atala y sus hijas por las violaciones a sus derechos, tomando en consideración sus perspectivas y necesidades; y adoptar legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia, debiendo estas medidas acompañarse de recursos humanos y financieros adecuados para garantizar su implementación y programas de capacitación para funcionarios involucrados en garantizar estos derechos.

Este Informe de Fondo fue notificado a Chile el 17 de enero de 2010 con un plazo de dos meses para informar sobre las recomendaciones, plazo que fue ampliado luego a cuatro meses más

⁸⁰⁴ Sobre el alcance del artículo 225 del Código Civil chileno; sobre los criterios de determinación del interés superior del niño cuya tuición demanda el padre heterosexual contra la madre lesbiana y sobre un análisis jurídico de los argumentos que afirman que mantener la tuición legal de la madre lesbiana que convive con su pareja causa un daño moral a los hijos, véase el completo trabajo de Undurraga, V., “Informe en Derecho presentado en el recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004, pp. 215-233.

⁸⁰⁵ Informe 42/08 Admisibilidad Caso 12.502, Karen Atala e hijas contra Chile, 23 July 2008. Disponible en: <http://www.cidh.org/annualrep/2008sp/Chile12502.sp.htm> (último acceso: 9 de agosto de 2010)

⁸⁰⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa N° 97/10 “CIDH presenta demanda sobre Chile ante la Corte Interamericana”. Disponible en: <http://www.cidh.oas.org/Comunicados/Spanish/2010/97-10sp.htm> (último acceso: 20 de septiembre de 2010)

⁸⁰⁷ “Presidente de la Suprema niega discriminación en caso de la jueza Atala. Milton Juica dijo que no integrará la mesa de trabajo coordinada por el Gobierno para analizar el informe desfavorable de la Comisión Interamericana de DD.HH.”. Fuente: Diario La Tercera http://latercera.com/contenido/680_240316_9.shtml (último acceso: 09 de agosto de 2010)

por petición del Estado y con la oposición de los peticionarios, bajo el argumento de que el informe había sido puesto en conocimiento de los organismos estatales pertinentes, a los cuales se les solicitó la designación de un representante a fin de conformar una mesa de trabajo sobre las vías a través de las cuales se puede estudiar la implementación de las recomendaciones señaladas en el informe de fondo y basándose también en la existencia de nuevas autoridades en el país y la emergencia vivida a causa del terremoto del 27 de febrero, por todo el mundo conocido.

Al otorgar la ampliación de plazo la Comisión solicitó al Estado la presentación de dos informes durante ese tiempo para dar cuenta del estado de cumplimiento. El primero para el 29 de junio de 2010 y el segundo para el 29 de agosto siguiente.

En el primero de estos informes el Estado dio cuenta de las reuniones de la mesa de trabajo en que habían participado representantes del Ministerio de Justicia, Ministerio Secretaría General de Gobierno, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Servicio Nacional de la Mujer, Consejo de Defensa del Estado y Ministerio de Relaciones Exteriores. Asimismo, dio cuenta que esta Mesa proponía a la Sra. Atala promover un juicio de hacienda contra el Estado ante los tribunales ordinarios de justicia para que el Consejo de Defensa tomara parte en los intereses fiscales de Chile y se refirió a la tramitación de un proyecto de ley sobre no discriminación pero dando cuenta que existían algunas dificultades en la tramitación de esta iniciativa por la preocupación con que dicho proyecto era mirado por grupos religiosos con quienes se habían reunido especialmente. No hubo entonces en esta oportunidad mención a reuniones con actores de la sociedad civil, más que estos grupos de carácter religioso. En este primer informe el Estado propuso nuevas medidas como realizar seminarios y cursos de capacitación y profundización a la Academia Judicial para interiorizarse del sistema internacional de derechos humanos, redactar manuales, reglamentos y llevar adelante concursos de buenas prácticas y, curiosamente, potencias a la sociedad civil.

En su segundo informe, el de finales de agosto de 2010, el Estado hizo explícita referencia a la no participación del Poder Judicial en la mesa de trabajo. Expresamente dijo el informe de Chile que la Corte Suprema señaló que “carece de iniciativa legal y no tiene atribuciones para participar y adoptar eventuales medidas de reparación a favor de la reclamante”. Además de esta referencia el segundo informe volvió a reiterar la sugerencia a la Sra. Atala de iniciar un juicio de hacienda y ofreció becas de escolaridad para sus hijas para reparar el daño sufrido “por la exposición pública del caso”. Sobre las medidas a adoptar señaló nuevamente la tramitación del proyecto de ley en el Congreso sobre no discriminación y refirió una serie de jornadas de capacitación para funcionarios públicos; concursos de buenas prácticas; y reuniones con diferentes actores que representan a minorías sexuales, pidiendo nueva prórroga, la cual no le fue concedida a Chile estimando que ni se había buscado reparar las víctimas, ni se habían adoptado medidas adecuadas pues las mencionadas por el estado son de carácter general y no arrojan resultados concretos sobre su implementación.

Así las cosas, el 17 de septiembre fue ingresada como ya se dijo la demanda en contra de Chile, solicitando en concreto la Comisión a la Corte la condena por la violación de los artículos antes señalados y a partir de ello que se ordene al Estado que:

- a. repare el daño material e inmaterial causado como consecuencia de las violaciones alegadas en la demanda,
- b. investigue e imponga las consecuencias legales que correspondan por el actuar de funcionarios judiciales que discriminaron e interfirieron arbitrariamente en la vida privada y familiar de Karen Atala, y que incumplieron sus obligaciones internacionales de asegurar el interés superior de las niñas,
- c. reconozca públicamente su responsabilidad internacional y publique las partes pertinentes de la sentencia que eventualmente emita el Tribunal,
- d. disponga medidas de rehabilitación,
- e. adopte medidas de no repetición que incluyan legislación, políticas públicas, programas y directivas para prohibir y erradicar la discriminación con base en la orientación sexual en todas las esferas del ejercicio del poder público, incluyendo la administración de justicia,
- f. pague las costas y gastos legales incurridos en la tramitación del presente caso.

En ese contexto entonces y a la espera de lo que el sistema interamericano le dirá a Chile en los próximos meses estimo que hay que detenerse en la relación entre esta pretensión de hacer efectiva la responsabilidad internacional del Estado por violar obligaciones de derechos humanos y la actitud que ha tenido y tiene uno de los poderes del Estado chileno como es el Judicial en la materia.

En esa óptica de análisis hay que reconocer que cada uno de los cuatro casos que han llegado a la Corte Interamericana y han terminado en condena para Chile han tenido su origen en decisiones de la Corte Suprema⁸⁰⁸, es decir, en un acto emanado del Poder Judicial y el “Caso Atala” no es la excepción, presentando además este caso la particularidad de que la vinculación con la actuación del poder judicial y la administración de justicia es doble, lo que hace especialmente relevante la cuestión.

De un lado, por cuanto ha sido por causa de la forma de administración de justicia por parte de este tribunal cómo la Comisión Interamericana accedió a considerar el tema de analizar la responsabilidad internacional de Chile, estimando entonces que hay razones suficientes para entender que se han violado ciertos derechos de la solicitante con la resolución de la Corte Suprema que privó a esta madre de la tuición de sus hijas por su condición de lesbiana.

⁸⁰⁸ Caso *La Última tentación de Cristo (Olmedo y otros) contra Chile* (sentencia de fondo, reparaciones y costas, de 5 de febrero de 2001); Caso *Palamara Iribarne contra Chile* (sentencia de fondo, reparaciones y costas de 22 de noviembre de 2005); Caso *Claude Reyes y otros contra Chile* (sentencia de fondo, reparaciones y costas de 19 de septiembre de 2006); y Caso *Almonacid Arellano y otros contra Chile* (sentencia de fondo, reparaciones y costas de 26 de septiembre de 2006).

Por el otro lado y en lo que me interesa en particular, por cuanto la argumentación de dicho poder del Estado de no participar en las mesas de trabajo que sugirió la Comisión Interamericana de Derechos Humanos al Estado de Chile antes de llevar el caso a la Corte, argumentando en la independencia de dicho poder del Estado, sepultó toda posibilidad para el país de no verse otra vez sentado en el banco de los países cuestionados por sus políticas de derechos humanos en el continente y nos ha hecho otra vez enfrentarnos a responder por la presunta violación de un tratado de derechos humanos.

Si bien la independencia de este poder y la necesaria distribución de competencias entre el mismo y el legislativo y el ejecutivo es un tema necesario de resguardar para el desarrollo y mantenimiento adecuado de un verdadero estado de derecho y de un régimen democrático, no es menos cierto que, llevado a un extremo como en este caso, está poniendo en riesgo la atribución de responsabilidad internacional del estado y por cierto eventualmente condicionando las relaciones internacionales en el contexto hemisférico y posiblemente internacional, cuestión nada menor en momentos en que Chile promueve una imagen de país líder en muchos aspectos y en camino seguro al desarrollo aún cuando mantiene diversas denuncias en curso ante la propia Comisión Interamericana y ha recibido en los últimos años varias recomendaciones de diversos órganos del sistema de Naciones Unidas para mejorar los estándares de protección de derechos en muchos ámbitos como por ejemplo, mujeres e indígenas, por sólo citar dos principales.

La cuestión así expuesta - esta argumentación en la independencia del poder judicial frente a un requerimiento de un órgano internacional de derechos humanos - no es nada menor cuando nos enfrentamos a alegatos de violaciones de derechos pues puede atentar, o al menos poner en cuestión, uno de los principios esenciales del orden jurídico de la responsabilidad de los estados por hechos internacionalmente ilícitos.

En efecto, el orden jurídico internacional considera que hay un hecho internacionalmente ilícito del Estado cuando un comportamiento consistente en una acción u omisión es atribuible al Estado según el derecho internacional y constituye una violación de una obligación internacional del Estado⁸⁰⁹, siendo importante destacar en relación a este segundo aspecto el principio esencial de que debe considerarse como hecho del Estado cualquier comportamiento de todo órgano del Estado, ya sea que ejerza funciones legislativas, ejecutivas, judiciales o de otra índole, cualquiera que sea su posición en la organización del Estado y tanto si pertenece al gobierno central como a una división territorial del Estado.

⁸⁰⁹ Doc. NU A/RES/56/83, de 28 de enero de 2002. Resolución que contiene el Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos. Si bien la responsabilidad de los Estados por sus hechos internacionalmente ilícitos es un tema dentro del Derecho Internacional en que no se ha avanzado más que en una codificación y desarrollo progresivo que se refleja en la resolución de la Asamblea General con la cual tomó nota del Proyecto de Artículos de la Comisión de Derecho Internacional finalizado en 2001 este trabajo ha dejado meridianamente claras algunas reglas y principios que empiezan a cristalizar por vía consuetudinaria o por referencias emanadas de los tribunales internacionales aún cuando carecen de fuerza vinculante para los estados. Como ese propio proyecto deja a salvo, el régimen de vocación general que ese texto pretender crear es sin perjuicio de la existencia de regímenes especiales de responsabilidad que tengan consagración convencional, siendo uno de los ámbitos más visibles el de los derechos humanos y sus violaciones en los planos regionales.

Por cierto no hay que perder de vista que la situación puntual en que el poder judicial ha ayudado a poner a Chile con su negativa con respecto al “Caso Atala” no ha sido más que el corolario de un contexto nacional en que la diversidad sexual, y específicamente la *orientación homosexual* como *preferencia sexual*, no es realmente respetada en cuanto derecho humano e integrante de la autonomía de las personas y ello se refleja en actos y omisiones que provienen de los diversos poderes del estado como ya he ido relatando en párrafos más arriba.

Sólo centrándome en lo que es la administración de justicia y este caso parece relevante citar dentro del mismo desarrollo de lo que ha sido el caso Atala lo que fue el informe presentado el 2 de abril de 2003 por el Ministro don Lenin Lillo, de la Corte de Apelaciones de Temuco a quien se encargó por el Pleno de Ilustrísimo tribunal hace una visita extraordinaria al juzgado donde servía la Señora Atala, para investigar directamente los hechos que habían sido a esa fecha puestos en conocimiento de la opinión pública sobre su vida privada, es decir, su condición de lesbiana y el hecho de vivir en el mismo hogar con su pareja mujer y sus hijas. En su informe concluye de forma textual el ministro: “Que no está en el ánimo de este visitador emitir juicios de valor respecto de la inclinación sexual de la Magistrada Atala, sin embargo no se puede soslayar el hecho de que su peculiar relación afectiva ha trascendido el ámbito privado al aparecer las publicaciones señaladas precedentemente, lo que claramente daña la imagen de la Sra. Atala como del Poder Judicial. Todo lo anterior reviste una gravedad que merece ser observada por el Ilmo. Tribunal”. Este informe fue aceptado por la Corte el 2 de abril de 2003 y formuló cargos en contra de la Sra. Atala, aunque no se impusieron luego sanciones disciplinarias.

La verdad que así las cosas no puedo más que pensar en cuestionar la independencia del poder judicial cuando es llevada a este extremo que lo involucra a mi juicio en la posibilidad de violar los derechos de una persona por el solo hecho de estimarse *lesbiana*. Es evidente que si un medio de prensa emite una nota sobre algún magistrado y su vida familiar, en la medida que sea trate del modelo “tradicional” de familia que Chile acepta no pasará nada mayormente, pero cuando esa nota de prensa muestra a una mujer valiente que se asume como lo que es y cómo vive y quiere vivir, entonces hay daño a la imagen del poder judicial, se le priva de tener a sus hijos por estimar que antepuso su interés personal al de los niños y nadie puede decir ni hacer nada frente a esas actitudes por que se trata de un poder independiente.

Chile tiene mucho que hacer en materia de no discriminación y todos los poderes deben trabajar juntos en ello, en generar una sociedad que no sólo sea formalmente democrática sino también tolerante e inclusiva. Se necesita para ello un trabajo multisectorial, que apunte a un fin último y trascendente: terminar con ideas estereotipadas de las personas que expresan su *sexualidad* de manera diferente y aceptar la diversidad en nuestra sociedad. Ese fin se logra con leyes, con políticas públicas, con programas y con una adecuada formación en derechos humanos de quienes van a aplicar esas leyes, políticas públicas y programas.

A los efectos de la responsabilidad estatal en sede internacional por violaciones a tratados de derechos humanos la separación de poderes tiene que ceder si con ello se garantiza el respeto de tales atributos que son superiores a la figura misma del estado y su construcción jurídico-normativa. La separación de poderes no puede ser justificación para violar los derechos humanos. Esa argumentación al sistema interamericano no le es oponible⁸¹⁰.

Así las cosas, este asunto sin duda puede ser la puerta a cambiar la legislación y las políticas nacionales pudiendo llegar a constituirse además en un precedente para el trabajo jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos que no se había enfrentando más que escasamente al análisis de la discriminación por *orientación sexual* o *identidad de género* en el marco de la institucionalidad establecida en el *Pacto de San José*⁸¹¹.

Por su parte, el llamado *caso Pavez* puso otra a prueba también la convicción de los magistrados chilenos sobre la diversidad en las *orientaciones sexuales*.

La señorita Pavez fue separada de la función de profesora de religión que desempeñó durante más de 20 años con excelentes valoraciones de sus superiores, colegas y alumnos, cuando a mitad del año 2007 se hizo público que era lesbiana. En noviembre del mismo año presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de San Miguel contra la decisión de la Iglesia Católica de Chile de separarla de su cargo, declarado por esta como inadmisibile y rechazado también por el máximo tribunal al confirmar la sentencia en abril de 2008, con lo cual se deja vía abierta para que en un país en que existe la separación entre la Iglesia y el Estado desde 1925, sea esta institución la que determine la “idoneidad” de un profesor para ejercer la labor docente religiosa, incluyendo bajo ese paraguas de la “idoneidad” la exigencia de heterosexualidad que no se prevee en parte alguna del Decreto 924, de 1984, que regula la materia para efectos de impartir en Chile clases de religión⁸¹².

Así las cosas y en un escenario legislativo y jurisprudencial como el que señalo, resulta interesante constatar que los líderes políticos que gobernaron el país por veinte años - la Concertación de Partidos por la Democracia - no acogieron en verdad los reclamos de la ciudadanía LGTB de manera asertiva.

En efecto, resulta curioso que la mayor parte de los intentos legislativos han emanado de parlamentarios - aunque los parlamentarios que patrocinan este tipo de iniciativas son en su mayoría, si no exclusivamente, miembros de los partidos gobernantes hasta marzo de 2010 - siendo

⁸¹⁰ La Demanda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Karen Atala e Hijas. Caso 12.502 contra el Estado de Chile, se encuentra disponible en <http://www.cidh.oas.org/demandas/12.502SP.pdf> (último acceso: 11 de noviembre de 2010)

⁸¹¹ El primer caso de derechos humanos y *orientación sexual* en el sistema interamericano fue promovido ante la Comisión Interamericana por Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia. La peticionaria era una mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo. La Comisión decidió admitir la petición, dictaminando que “*en principio, la petición se refiere a hechos que podrían suponer, inter alia, una violación del Artículo 11 (2) de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada*”. Caso número 11.656, Informe N° 71/99 (Admisibilidad) de 4 de mayo de 1999, párrafo 21. La Comisión Interamericana señaló en la misma línea que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que “*no se compadece con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada*”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa N° 24/1994.

⁸¹² Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de fecha 27 de noviembre de 2007, Causa Rol 238-07.

que el ejecutivo tiene iniciativa de ley en estas materias. También es curioso que pudiendo usar la prerrogativa que tiene el gobierno no acelerara la tramitación de tales proyectos por la vía de las urgencias legislativas, según establece el artículo 74 de la Constitución Política.

Sea tal vez por esta falta de compromiso real, probada como señalo en la ausencia de verdadero ánimo de legislar sobre las discriminaciones por *orientación sexual e identidad de género*, que cada vez sea menos silenciosa la voz de quienes reclaman que en función de su *orientación sexual* y las manifestaciones de afecto que buscan compartir con su pareja (los mismos besos y abrazos que los heterosexuales de profesan en lugares públicos sin escándalo para nadie) son detenidas por la policía bajo el paraguas que brinda el artículo 373 del Código Penal chileno, norma que data de 1874 y que permite una verdadera discriminación por parte de los operadores de lo penal en el país y frente a la cual las autoridades civiles no han tomado ninguna medida adecuada para que no se haga el uso y abuso de esta norma a que me refiero⁸¹³.

Ahora bien, toda la batería de proyectos archivados o en tramitación; las máximas decisiones jurisdiccionales orientadas claramente en un sentido restrictivo y con una marcada carga valórica y moral que pareciera que se busca imponer a la sociedad chilena por algunos sectores; los nulos o al menos bajos resultados de muchas de las iniciativas de gobierno; o la actitud de las fuerza de orden y seguridad en algunos casos, no deben hacer olvidar que en muchas materias, también vinculadas a la *sexualidad* y específicamente a muchos comportamientos que de ella se derivan se han obtenido avances, al menos normativos⁸¹⁴.

Así las cosas y visto este breve repaso por la realidad de la regulación jurídica de esta parcela de la *sexualidad* en Chile y su implementación gubernativa, legislativa y jurisdiccional, no debe olvidarse que el país forma parte de la institucionalidad internacional que, aunque carente también de sólidas bases que regulen la discriminación por *sexualidad* como he dicho, sí cuenta al menos con recursos normativos e institucionales que Chile debe respetar si quiere mantenerse en el juego de la legalidad internacional vigente.

Además, el país ha intervenido en procesos decisivos en la materia como la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* de El Cairo, en 1994, a partir del cual cambió la concepción internacional desde la idea de control demográfico a la de salud sexual y reproductiva, y la *IV Conferencia Mundial de la Mujer* en Beijing, en 1995, suscribiendo los compromisos políticos a nivel internacional allí adoptados; firmó en 2008 la declaración del tema que se leyó en Naciones

⁸¹³ El precepto citado señala que “*Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio*”. Sobre las denuncias formuladas en más de una ocasión por colectivos detenidos por la fuerza pública en base a tal norma y liberados luego por carecer de mérito la detención véase <http://www.opusgay.cl/1315/printer-33530.html>. (último acceso 26 de octubre de 2008)

⁸¹⁴ Me refiero, por ejemplo, a la Reforma Constitucional N° 19.611, de 1999, que modificó el texto estableciendo la igualdad entre hombres y mujeres; a la Ley N° 19.617, de julio de 1999, sobre delitos sexuales, especialmente en lo que se refiere a la ampliación del tipo penal de la violación; a la Ley N° 19.779, de octubre de 2001, sobre prevención del Sida y establecimiento de la no discriminación para las personas que padecen la enfermedad; a la Ley N° 19.927, de enero de 2004, que endurece las penas y los tipos penales respecto de la pornografía infantil; a la Ley N° 20.005, de marzo de 2005, que tipifica y sanciona el acoso sexual; y a la Ley N° 20.066, de octubre de 2005, sobre Violencia Intrafamiliar, a lo que hay que sumar los esfuerzos institucionales por mejorar el sistema de justicia en materias penales y de familia, que han sido dos de los grandes logros de la era democrática en Chile, más allá de las mejoras que, como todo sistema en gestación, necesitan ambos mecanismos para implementar justicia.

Unidas y a la que me referiré en el capítulo siguiente; y es parte de los numerosos tratados a partir de los cuales se busca afirmar la existencia de un verdadero derecho a no discriminación por cualquier causa, como el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 1966; la *Convención Internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación en contra de la mujer*, de 1979 o el *Pacto de San José de Costa Rica*, de 1969, por ejemplo, todos los cuales obligan al país conforme lo dispone la Constitución, cuyo artículo 5° establece que los órganos del estado deben respetar y promover los derechos garantizados por el texto constitucional así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes y que constituye una norma esencial de toda la estructura garantista de derechos en el país, lo cual ha sido reconocido por el poder judicial y por supuesto por casi toda la doctrina nacional⁸¹⁵.

Finalmente, no debe olvidarse que el Comité de Derechos Humanos ha dado a conocer en marzo de 2007 ciertas recomendaciones al estado de Chile en orden a garantizar la igualdad de derechos y la puesta en marcha de programas de sensibilización social para combatir los perjuicios, manifestando la preocupación por la discriminación que sufren las minorías sexuales en el país, frente a los tribunales y en el acceso a la salud. Con ocasión de la presentación del informe del Estado de Chile sobre el cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos señaló que: “*aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud. (Artículos 2 y 26 del Pacto). El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales*”⁸¹⁶.

En sentido similar se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales quien llama a Chile a garantizar tales derechos, sin perjuicio de la *orientación sexual* de los individuos, ya que si bien congratula por los avances en promover la igualdad *de género*, manifiesta su preocupación por los estereotipos culturales sobre el papel de ambos *sexos* que siguen menoscabando el disfrute de derechos en pie de igualdad y llama, entre otras recomendaciones, a que se promueva la igualdad de género en todas las esferas, se promuevan programas de educación sobre salud sexual y se realicen campañas para frenar la propagación de enfermedades del VIH-SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual⁸¹⁷.

Por su parte, en el marco del Examen Periódico Universal se recomendó a Chile prohibir por ley la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género, abordarlas en

⁸¹⁵ Un interesante desarrollo del tema en la doctrina y jurisprudencia chilena se encuentra en Nogueira, H., “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales”, en *Gaceta Jurídica*, N° 322, Abril 2007.

⁸¹⁶ Doc. CCPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril de 2007.

⁸¹⁷ Doc. E/C.12/1/Add. 105, de 26 de noviembre de 2004.

programas y políticas de igualdad utilizando los llamados *Principios de Yogyakarta* como guía en su formulación; revisar el artículo 373 del Código Penal de modo de impedir su aplicación abusiva para perseguir a integrantes de las minorías sexuales; y, reforzar las medidas contra las actitudes discriminatorias en la sociedad a través de iniciativas de educación pública⁸¹⁸.

Se trata entonces de un llamado de la sociedad internacional institucionalizada que el estado de Chile no está escuchando o simplemente no quiere escuchar.

2. HACIA LA INCORPORACION DE LA *ORIENTACION SEXUAL* Y LA *IDENTIDAD DE GENERO* EN LOS DESARROLLOS NORMATIVOS DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Como bien espero que sugiera el título de este apartado, no existe aún en el marco de los sistemas de protección de derechos humanos alguna norma convencional que expresamente establezca que la *orientación sexual* y la *identidad de género* son criterios prohibidos de discriminación, ausencia que podría quedar en el pasado si se aprueba un proyecto americano de tratado en la materia que busca, entre otros desarrollos, codificarlos de manera explícita.

A pesar de este vacío normativo en lo convencional de los sistemas protectores, hay que reconocer que sí hay otros espacios normativos internacionales vinculantes en que se ha producido un reconocimiento más allá de la sola expresión *sexo* como criterio de no discriminación. Si bien ninguno corresponde técnicamente a partes de los sistemas de protección de derechos humanos sí se trata de mundos jurídicos muy vinculados lo que amerita su incorporación en este apartado. Me refiero al ámbito del Derecho Comunitario y del Derecho Penal Internacional que, como he seguido en este trabajo, son *vías indirectas de protección* contra las discriminaciones y, en un lugar particular en esta categoría, a los desarrollos normativos surgidos al amparo de la Organización Iberoamericana de Juventud (OIJ).

Además hay que mencionar que en el marco de su labor como cuerpos de vigilancia de los principales tratados de derechos humanos, algunos Comités han empezado a incluir expresamente tales criterios identitarios en sus propios desarrollos normativos internos y lo mismo han hecho los órganos de las organizaciones internacionales que amparan los sistemas de protección de derechos, desarrollos todos que aunque carecen de la fuerza vinculante de los tratados sí se relacionan directamente a las normas convencionales de no discriminación.

A continuación constataré la ausencia convencional que he referido y explicaré luego cómo y de qué forma el lenguaje que reconoce la *orientación sexual* y la *identidad de género* como criterios de identificación y prohibidos de discriminación se viene abriendo paso en las manifestaciones normativas del Derecho Internacional antes indicadas.

⁸¹⁸ Doc. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12º período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29. Doc. NU A/HRC/12/10, párrafos 27, 28 y 29.

2.1. La ausencia de un tratado y el Proyecto de *Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

A diferencia de lo que ha ocurrido con el criterio *sexo*, la *identidad de género* y la *orientación sexual* no tienen un reconocimiento expreso como tales en ningún instrumento internacional vinculante del mundo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Dicho en otras palabras, no existe un tratado internacional que los mencione de forma expresa y clara al momento de referirse a la discriminación y sus motivos, o que se preocupe de su mejora en diversos planos, como las esferas privada, política, laboral, educativa, etc. sino que su inclusión ha nacido a partir de las cláusulas abiertas y fórmulas como “otra condición”, al enumerar los criterios de discriminación prohibidos.

Tampoco se observa en los convenios específicos que tratan sólo de la mujer, como la CEDAW, la *Convención de Belén Do Pará* y el *Protocolo Adicional a la Carta Africana de Derechos Humanos relativo a los Derechos de la Mujer* alguna mención, ni aún por vía de referencia, de las diversas *orientaciones sexuales* de una mujer o aún de alguna *identidad* que salga de la división *masculino/femenino*.

Así por ejemplo, en la propia *Convención de Belén Do Pará*, nada se dice de estos criterios a la hora de entender que existen casos de mayor vulnerabilidad frente a la violencia que los estados partes deben tener en cuenta. Dice el artículo 9 que en la adopción de las medidas a que se refiere el capítulo referido a los deberes de los estados partes, estos tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. Luego agrega el precepto que en igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad, omitiendo así cualquier referencia expresa a la condición de *lesbiana*, por ejemplo, como una que se tenga que tener en cuenta al adoptar estas medidas, debiendo entenderse que ella quedaría cubierta por la fórmula residual “entre otras”.

Pese a la ausencia que constato en esta parte debo proceder a una nueva referencia al Proyecto para crear una *Convención Interamericana contra el Racismo y toda forma de Discriminación e Intolerancia*, bajo el amparo de la OEA que desde el inicio ha sido pionero en incorporar expresamente la *orientación sexual* - y también las cuestiones particulares vinculadas al *género* - de forma expresa como un criterio prohibido de discriminación.

La última versión consolidada⁸¹⁹ ha ido más adelante aún al incorporar la *identidad de género*, pero también la *expresión de género*, en un párrafo resultante de la reunión del Grupo de Trabajo del 9 de marzo de 2010 y cuya aprobación está pendiente por no contarse con el quórum

⁸¹⁹ Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13, de 23 de abril de 2010.

reglamentario en las reuniones subsiguientes no obstante lo cual es ya un tremendo avance, aún cuando debe constatarse que en el Preámbulo sólo se refiere al *sexo* y la *orientación sexual* de forma expresa.

En el Capítulo I en tanto, en el apartado de las Definiciones dice el numeral 1 del artículo 1° del Proyecto que para los efectos de esta Convención: “*La discriminación puede estar basada en motivos de raza, color, ascendencia, origen nacional o étnico; nacionalidad; edad; **sexo; orientación sexual, identidad y expresión de género**; idioma; religión; opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza; origen social, posición socio económica o nivel de educación; condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno; discapacidad; característica genética; condición de salud mental o física incluidas la condición infectocontagiosa y condición psíquica incapacitante; o cualquier otra condición*” (el énfasis es mío)

Se trata de un enorme aporte al marco convencional de la lucha contra todas las formas de discriminación ya que por vez primera se muestra en este ámbito la convicción de que *sexo, género y orientación sexual* no son conceptos subsumibles a uno solo. Si bien no entra a definir cada uno, la enumeración por separado demuestra que se parte de la asunción que se trata de criterios de discriminación diferentes y que no siempre se relacionan con la sola distinción biológica entre seres humanos.

Más adelante hace un aporte innovador al incluir en la parte dispositiva y no preambular la noción de “intolerancia” que se conceptúa en el numeral 6 del artículo 1° referido a las definiciones como “... *el conjunto de los actos o manifestaciones que expresan irrespeto, rechazo o desprecio por la dignidad de los seres humanos, la rica diversidad de las culturas del mundo, la religión, la ideología, las tradiciones y las formas de expresión, cualidad y modos de ser humanos*”, donde la incorporación de la frases “*y las formas de expresión, cualidad y modos de ser humanos*”, bien debe entenderse como una apertura para el entendimiento de un problema real como es la discriminación que grupos LGTB y especialmente *transgéneros*, sufren en América por la sola causa de la forma en que expresan su *sexualidad* diversa.

Otro avance de este artículo es la conceptualización de discriminación múltiple o agravada entendiéndola como “...*cualquier distinción, exclusión, restricción o preferencia basada, de forma concomitante, en dos o más factores de los enunciados en el inciso “1” de este artículo, que tenga por objetivo o efecto anular o limitar, de forma acentuada, el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados parte, en cualquier ámbito de la vida pública o privada*”. La forma en que se concibe y la expresa referencia a todos los criterios del numeral 1 hacen extensiva esta forma a los grupos LGTB que, como ya se ha señalado en este trabajo, constituyen hoy por hoy uno de los grupos en que de forma más visible se presenta ésta al conjugarse con otros rasgos identitarios.

Otro aspecto relevante de este proyecto es la prohibición del racismo; de la discriminación, incluyendo la indirecta y la múltiple o agravada; y de la intolerancia; como también de la publicación, circulación o diseminación, por cualquier medio de comunicación, incluida la Internet, de cualquier material racista o discriminatorio, entendido como cualquier imagen o representación de ideas o teorías que defiendan, promuevan o inciten al odio y a la violencia contra individuos o grupos por motivos basados en alguno/os de los factores enunciados en el inciso 1 del artículo 1, lo que deja en forma expresa un marco para garantizar protección frente a muchas manifestaciones de discriminación y fobias que afectan a minorías sexuales.

Ahora bien, más allá de estas normas sustantivas sin duda uno de los aspectos más relevantes de este proyecto es la obligación que se intenta imponer a los estados por el Artículo 11 en orden a que se comprometan *“a asegurar a las víctimas del racismo, la discriminación y la intolerancia un trato equitativo, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces, una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda. Además, considerarán adoptar las medidas legislativas necesarias para asegurar la inversión de la carga de la prueba, de tal manera que corresponda al acusado probar la adopción de procedimientos y prácticas que aseguren un tratamiento equitativo y no discriminatorio”* lo que va en directa relación con la posibilidad que se prevee en los artículos 16 y siguientes de someter al procedimiento de quejas individuales ante la Comisión y la Corte las vulneraciones como principal mecanismo de protección y seguimiento de la Convención. De la forma en que se concibe, bastaría con que el estado parte incurra en infracción de cualquiera norma de la convención para que él o los afectados puedan accionar con su derecho de petición⁸²⁰.

También se contempla la creación de un Comité Interamericano para la Prevención, Eliminación y Sanción de Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia, conformado por un experto independiente de cada Estado Parte, que se concibe como el foro para el intercambio de ideas y experiencias, así como para examinar el progreso realizado por los Estados Parte en la aplicación de la Convención y cualquier circunstancia o dificultad que afecte el grado de cumplimiento derivado de la misma, pudiendo formular recomendaciones a los Estados para que adopten las medidas del caso, comprometiéndose estos a presentar un informe al Comité dentro del año de haberse realizado la primera reunión, con relación al cumplimiento de las obligaciones contenidas en el tratado, los que deberán contener, además, datos y estadísticas desagregados de los grupos vulnerables, para luego ser presentados cada cuatro años, lo que ha motivado alguna observación nacional, específicamente de México, en el sentido de que incluirla en el mismo

⁸²⁰ Dice el proyecto en esta parte: “i) Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, puede presentar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la presente Convención por un Estado Parte. Asimismo, todo Estado Parte puede, en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a esta Convención, o en cualquier momento posterior, declarar que reconoce la competencia de la Comisión para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en la presente Convención. En dicho caso, se aplicarán todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como el Estatuto y Reglamento de la Comisión”.

párrafo que se trata de la competencia de la Comisión y la Corte le quita claridad al tema, observación que comparto y que espero en el marco de la discusión que tiene que seguir pueda ser subsanada pues se trata, en verdad, de dos mecanismos de resguardo que han de tener esferas diferentes de aplicación y efectos.

También sobre este innovador proyecto hay que decir en todo caso, compartiendo en alguna medida la posición que ha manifestado Antigua y Barbuda, que se encuentran las negociaciones en una etapa de punto muerto pues a pesar del consenso en la necesidad de abordar el tema, ha sido muy lento y difícil llegar a acuerdo en varios aspectos y eso se demuestra cuando se observa frente a varios de los artículos más determinantes, como el propio artículo 1° referido a las definiciones, las diversas postura de algunos estados, especialmente Canadá, Brasil y México⁸²¹.

En el marco de la 40ª. Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, el 8 de junio de 2010 fue aprobada una Resolución sobre el proyecto⁸²², que en lo esencial reafirma el compromiso de los estados americanos con la cuestión de de la erradicación del racismo y de todas las formas de discriminación e intolerancia, y la convicción de que tales actitudes discriminatorias representan una negación de valores universales como los derechos inalienables e inviolables de la persona humana y de los propósitos, principios y garantías previstos en instrumentos internacionales; reconocen que la diversidad humana es un valioso elemento para el adelanto y el bienestar de la humanidad en general; se observa con preocupación que aún hoy un sinnúmero de seres humanos en ese Hemisferio siguen siendo víctimas de manifestaciones tradicionales y contemporáneas de racismo, discriminación e intolerancia; y se toma nota de los avances logrados y de las diferentes posiciones presentadas por los Estados miembros en el seno del Grupo de Trabajo encargado de elaborar este Proyecto de Convención, para resolver que se reafirma la voluntad y el decidido compromiso de los Estados miembros para continuar realizando esfuerzos para concluir las negociaciones sobre el Proyecto de tratado y se encomienda al Grupo de Trabajo que continúe las negociaciones, tomando en cuenta los avances reflejados en la última versión del proyecto, del año 2010, instando a diversos órganos del sistema americano a promover este trabajo.

En síntesis, lo que se hizo con este desarrollo de junio de 2010 es dar cuenta de los buenos propósitos pero sin establecer acciones y plazos concretos para concretarlos lo que frente a la satisfacción que provoca el análisis y consideración de este tema, introduce un elemento de incertidumbre sobre el tiempo que falta para que vea la luz este importante desarrollo normativo a favor de *homosexuales y transgéneros*, entre otros grupos vulnerables.

⁸²¹ Doc. OEA/Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13, de 23 de abril de 2010.

⁸²² Doc. OEA AG/RES. 2606 (XL-O/10)

2.2. La incorporación por la labor normativa de los Comités y otros órganos del sistema universal de protección de derechos humanos.

Como anuncié, en la línea de efectuar reconocimientos expresos hay que constatar que en instrumentos del Derecho Internacional de los derechos humanos que no son tratados, va existiendo la tendencia a incluir expresamente la *orientación sexual* y las otras *identidades de género* como criterios de discriminación cuando se aborda la materia, normalmente para el desarrollo de una comprensión de las normas convencionales.

En el ámbito universal ejemplos se encuentran a partir del trabajo de los órganos de vigilancia de los tratados en el marco de la posibilidad que tienen de emitir sus opiniones sobre la interpretación o el alcance de algunas normas y los reportes que hacen sobre los Informes que los estados deben presentar.

Citaré los principales que he encontrado en el marco de esta labor de tales órganos.

En primer lugar hay dos buenos ejemplos que brinda el Comité que vela por la observancia del PIDESC.

En su Observación General N° 14⁸²³, del año 2000, relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el tratados de 1966 señala que la *orientación sexual* es una base prohibida de discriminación y tiene repercusiones sobre la salud. Dice el párrafo 18 que “...el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), **orientación sexual** y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud” (el destacado es mío).

La Observación General N° 20⁸²⁴ en tanto, del año 2009, referida a la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, es absolutamente decisiva para la causa de la consideración de la *orientación sexual* y la *identidad de género* como criterios de discriminación. Si bien el Comité asume que no se les considera expresamente, bajo la recepción de la necesaria evolución que ha tenido y tendrá siempre la cuestión de cómo y a partir de qué rasgos una persona se identifica a si misma en sociedad, los considera bajo la fórmula “*otra condición social*” que usa el Pacto. El párrafo 27 es categórico el sentido que acá señalo y que comparto plenamente: “*El carácter de la discriminación varía según el contexto y evoluciona con el tiempo. Por lo tanto, la discriminación basada en "otra condición social" exige un planteamiento flexible que incluya otras formas de trato diferencial que no puedan justificarse de forma razonable y objetiva y tengan un*

⁸²³ Doc. NU E/C.12/2000/4.

⁸²⁴ Doc. UN E/C.12/GC/20.

carácter comparable a los motivos expresos reconocidos en el artículo 2.2. Estos motivos adicionales se reconocen generalmente cuando reflejan la experiencia de grupos sociales vulnerables que han sido marginados en el pasado o que lo son en la actualidad”.

Luego, al referirse en forma particularizada a los más relevantes, dedica un párrafo especial a la *orientación sexual* y la *identidad de género*. Este párrafo 32 recuerda que en “*cualquier otra condición social*”, tal y como se recoge en el artículo 2.2 del Pacto, se incluye la *orientación sexual*, lo que va en consonancia con la Observación General N° 14 ya mencionada, agregando que “*los Estados partes deben cerciorarse de que las preferencias sexuales de una persona no constituyan un obstáculo para hacer realidad los derechos que reconoce el Pacto, por ejemplo, a los efectos de acceder a la pensión de viudedad*” y que la *identidad de género* también se reconoce como motivo prohibido de discriminación, señalando que los transgénero, los transexuales o los intersexo son víctimas frecuentes de graves violaciones de los derechos humanos, como el acoso en las escuelas o en el lugar de trabajo.

Siendo un gran avance, manifiesto que habría preferido con el ánimo de contribuir a aclarar la confusión de conceptos que en estas materias se visualiza en el derecho internacional, que se hubieran destinado dos párrafos diferentes - uno a la cuestión de la *orientación sexual* y otro a la *identidad de género* - principalmente para desarrollar temas relevantes pero omitidos como por ejemplo, los problemas de discriminación que surgen por las concepciones estereotipadas de quienes tienen una cierta *orientación sexual* o para referir a la cuestión de la *expresión del género* como un factor incluido en la cuestión relativa a *transgéneros* y que no siempre tiene manifestación visible en el mundo de la *homosexualidad*.

Pese a esta observación, hay que reconocer este trabajo innovador del Comité que en realidad es lógica consecuencia de que en 2009 la institucionalidad internacional comienza a dar muestras claras que reconoce los avances y la disonancia que se puede producir en los marcos garantistas si no se admite la evolución que viene experimentando este ámbito de la personalidad humana y la autonomía - el derivado de la *sexualidad* - y cómo ésta se expresa.

Lo curioso es que este avance de 2009 en consonancia con el trabajo del año 2000 recién citado sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, tuvo un traspié en 2005 cuando en el marco de la Observación General N° 16, sobre igualdad entre hombre y mujer, no se hace referencia alguna a la *orientación sexual* o a la *identidad de género* al mencionar en los párrafos 5 y 10 tantos los criterios expresos como aquellos que entran en la categoría de “*otra condición*”⁸²⁵.

Asimismo y en el ámbito del trabajo de la misma línea que realiza el Comité que vela por el cumplimiento del PIDCP hay que reconocer que la Observación General N° 18 que se refiere a la No Discriminación del artículo 26 de ese Pacto⁸²⁶, del año 1989, nada dijo sobre estos criterios, si

⁸²⁵ Doc. UN E/C.12/2005/4.

⁸²⁶ Doc. NU HRI/GEN/1/Rev.2.

bien de ella se ha valido en parte la argumentación favorable a entenderlas incluidas en la fórmula residual, lo que en todo caso es bastante explicable por la fecha en que se data.

Otros importantes desarrollos han venido desde la labor del Comité que vela por el CAT y aquel que tutela la CEDAW que han empezado a recoger expresamente estos rasgos sin recurrir entonces al esquema tradicional de la fórmula residual - entendiéndolos incluido bajo la expresión “*otra condición social*” - lo que denota la importancia que la cuestión está tomando a partir de la realidad discriminatoria que cada vez de forma más abierta se puede observar en relación a algunos avances o retrocesos nacionales en la materia.

En el caso del Comité del CAT hubo un reconocimiento expreso en lo normativo en el año 2008, a propósito de su examen al Informe presentado por Costa Rica señalando en el párrafo 11, sobre malos tratos y abusos de autoridad, que el Comité “*toma nota de los esfuerzos realizados por el Estado parte para enfrentar los casos de abuso de autoridad por parte de los guardias de frontera y del personal penitenciario, incluyendo mediante recomendaciones específicas para que los funcionarios no incurran en acciones u omisiones violatorias de derechos. Sin embargo, el Comité sigue preocupado por los casos de abuso en contra de inmigrantes y nacionales, sobre todo por razón de su **orientación sexual** y/o **identidad transexual**. El Comité considera que, en particular, la normativa sobre las buenas costumbres puede otorgar un poder discrecional a la policía y a los jueces que, junto con prejuicios y actitudes discriminatorias, puede resultar en abusos hacia este grupo poblacional (arts. 2, 11 y 16)*” (el destacado es mío)⁸²⁷.

Por su parte, el órgano de vigilancia de la CEDAW ha sido enfático en resaltar los trabajos que se hacen en algunos estados y los retrocesos o vacíos que hay en otros, a la hora de incluir a las lesbianas y mujeres transgéneros como grupos vulnerables, en el marco de su examen a los informes estatales periódicos y/o de sus informes a la Asamblea General, referidos en todo caso a cada caso en particular pero usando un lenguaje expreso. En un orden cronológico que llega hasta lo más reciente, es posible encontrar varios reflejos de lo que señalo.

En 1994, al rendir cuenta ante la AGNU sobre los primeros informes enviados por los estados partes hubo una suave y leve referencia en el caso específico de Holanda y sus desarrollos internos. Dijo el Comité: “*Members were favourably impressed by the fact that, one year before presenting each subsequent report to the Committee, the Government would have to report to Parliament, and they commended the concern that was shown about the issue of **sexual preference***”⁸²⁸. En el mismo documento la otra referencia se encuentra a propósito de la legislación antidiscriminatoria de Nueva Zelanda, que incorpora en esa época a la orientación sexual como un criterio de discriminación. “*The Government had passed a new Human Rights Act in 1993, extending the grounds of prohibited discrimination. Its grounds would now cover gender issues, including pregnancy, childbirth, sexual harassment, marital and family status, **sexual orientation**,*

⁸²⁷ Doc. NU CAT/C/CRI/CO/2, de 7 de julio de 2008.

⁸²⁸ Doc. NU A/49/38, de 12 de abril de 1994, párrafo 253.

disability, age, race, religion, employment status and political opinion. The Act would come into force in 1994. The country's Human Rights Commission had also been granted more funds to carry out its enhanced duties”⁸²⁹ (los énfasis marcados son míos).

En 1997, a propósito de los informes presentados por Canadá reconoció los avances normativos del país para la no discriminación con base en la orientación sexual. “*A recent amendment to the Canadian Human Rights Act granted protection **against discrimination on the basis of sexual orientation***”⁸³⁰ (el destacado es de esta autora).

Al año siguiente y en relación a la penalización de conductas homosexuales hizo también una afirmación en el informe referido a México. “*The Committee requests information in the next report on whether homosexuality is penalized in the criminal code*”⁸³¹.

En 1999 en tanto a propósito del informe de Irlanda y la presentación del estado dando cuenta de la incorporación de la mujer en ámbitos políticos, partiendo por la elección de una Presidenta y recogiendo los avances normativos tomó expresamente los avances internos. “*The representative explained that the 1998 Employment Equality Act outlawed discrimination on nine grounds, including gender, marital status, family status, **sexual orientation** and membership in the “traveller” community*”⁸³². En contraste, refiriéndose a Kyrgyzstan, el mismo documento hace alusión a la penalización del lesbianismo en dicho país. “*The Committee is concerned that **lesbianism** is classified as a sexual offence in the Penal Code*”. “***The Committee recommends that lesbianism be reconceptualized as a sexual orientation** and that penalties for its practice be abolished*”⁸³³ (los destacados son míos). Años más tarde, en su Informe de 2008 sobre el mismo país la cuestión de la persecución a mujeres por su sexualidad fue nuevamente mencionada de forma expresa al indicarse la preocupación del Comité “*por las denuncias de discriminación y acoso contra la mujer por su sexualidad, así como por los actos de hostigamiento contra las mujeres dedicadas a la prostitución por parte de los agentes de policía*” en un lenguaje que debe entenderse como referido a la persecución de que son víctimas las lesbianas por el contexto del documento⁸³⁴.

En 2001, la cuestión nuevamente fue mencionada esta vez en el marco del análisis del examen de Suecia, señalando el Comité que elogia al Gobierno por la legislación que ha promulgado para prever la concesión de permisos de residencia a personas que tengan fundados temores de ser víctimas de persecución “*por motivos de orientación sexual o de género, especialmente con respecto a la discriminación contra la mujer*”⁸³⁵ (el énfasis es mío).

En el 2008 hubo también un pronunciamiento sobre esta materia en las Observaciones al informe de Ecuador, específicamente refiriéndose a la reforma constitucional de 2008 del citado

⁸²⁹ Doc. NU A/49/38, de 12 de abril de 1994, párrafo 612.

⁸³⁰ Doc. NU A/52/38/Rev.1, de 12 de agosto de 1997, párrafo 310.

⁸³¹ Doc. NU A/53/38/, de 14 de mayo de 1998, párrafo 420.

⁸³² Doc. NU A/54/38/Rev. 1, de 20 de agosto de 1999, párrafo 162.

⁸³³ Doc. NU A/54/38/Rev. 1, de 20 de agosto de 1999, párrafos 127 y 128.

⁸³⁴ Doc. NU CEDAW/C/KGZ/CO/3, de 14 de noviembre de 2008, párrafo 43.

⁸³⁵ Doc. NU A/56/38, de 31 de julio de 2001, párrafo 334.

país que contiene una prohibición de discriminación a minorías sexuales, ya indicada en el primer apartado de este capítulo. *“Observando la prohibición de la discriminación contra las minorías sexuales a que hace referencia el párrafo 2 del artículo 11 de la nueva Constitución del Ecuador, aprobada el 29 de septiembre de 2008, preocupan al Comité los informes de discriminación contra la mujer en este ámbito”. “El Comité recomienda al Estado parte que vele por la investigación de esos casos y adopte las medidas correctivas necesarias con arreglo a la Constitución”*⁸³⁶.

En 2009 fueron dos los países a propósito de los cuales hubo referencias del Comité a la discriminación de mujeres por su sexualidad; Guatemala y Alemania.

En el caso del país americano la referencia fue relevante y dada en el marco de los estereotipos y prácticas culturales que afectan la condición de la mujer, provocando situaciones discriminatorias a su respecto. Se trató en este caso de sendos pronunciamientos, cuestión nada menor de resaltar pues es un país que sistemáticamente ha defendido estereotipos bastante tradicionales en todo lo que tiene que ver con la sexualidad. El Comité señaló su preocupación de que no obstante las diversas medidas adoptadas por el Estado parte para eliminar los estereotipos de género, existe gran arraigo de las actitudes patriarcales y de los estereotipos relativos a las funciones y responsabilidades de las mujeres y los hombres en la familia, el trabajo, la vida política y la sociedad, que constituyen graves obstáculos para que las mujeres puedan ejercer sus derechos humanos. Agrega que también es motivo de su preocupación el que ciertos grupos de mujeres, además de verse afectadas por los estereotipos de género, *“afronten múltiples formas de discriminación por motivos tales como su origen étnico o su **sexualidad**”*. Sobre la base de estas preocupaciones, el Comité insta al Estado parte a poner más empeño en la formulación y aplicación de amplios programas de concienciación para propiciar un mejor apoyo y comprensión de la igualdad entre hombres y mujeres en todos los estratos de la sociedad, debiendo dichas medidas ir encaminadas a modificar las actitudes estereotípicas y las normas culturales sobre las responsabilidades y funciones del hombre y la mujer en la familia, el lugar de trabajo, la vida política y la sociedad, de conformidad con lo que establece la CEDAW, instando al Estado a que adopte una estrategia general *“para eliminar los estereotipos de género relativos a la mujer en general y, en particular, la discriminación de la mujer basada en su origen étnico o su **sexualidad**”*, pudiendo esta estrategia incluir programas de concienciación en los planes de estudios de las escuelas, la capacitación de maestros y la sensibilización de los medios de comunicación y el público en general, incluida la adopción de medidas destinadas específicamente a los hombres y los jóvenes (los destacados de este párrafo son míos)⁸³⁷.

En el caso de Alemania en tanto el pronunciamiento del Comité es relevante pues llega también a incluir en su lenguaje a las personas intersexuales y transexuales a propósito de reconocer el trabajo de este país en conjunto con la sociedad civil pero en desmedro de estos grupos. *“The*

⁸³⁶ Doc. NU CEDAW/C/ECU/CO/7, de 7 de noviembre de 2008, párrafos 28 y 29.

⁸³⁷ Doc. NU CEDAW/C/GUA/CO/7, de 7 de febrero de 2009, párrafos 19 y 20.

Committee notes with satisfaction the cooperation of the State party with civil society organizations, particularly women's organizations, which is mostly achieved through government cooperation with such organizations on specific programmes and projects. The Committee regrets, however, that the call for dialogue by non-governmental organizations of intersexual and transsexual people has not been favourably entertained by the State party” “The Committee request the State party to enter into dialogue with non-governmental organizations of intersexual and transsexual people in order to better understand their claims and to take effective action to protect their human rights”⁸³⁸.

En uno de los últimos documentos con Observaciones Generales, referido al informe presentado por Holanda, ha dicho en febrero de 2010 en el marco de los aspectos positivos que *“El Comité acoge con beneplácito las iniciativas y medidas emprendidas por los Países Bajos para prevenir y combatir la mutilación genital femenina y los asesinatos relacionados con el honor, así como el compromiso de proteger a las mujeres contra la discriminación basada en su orientación sexual,...”* para luego exhortar al estado a terminar con los estereotipos y en esa lógica formular programas adicionales que combatan los estereotipos de género relacionados *“con la discriminación por otros motivos, como la raza, la edad, la **orientación sexual** y la discapacidad...”* (los destacados son míos) aunque no las incluye en los grupos de mujeres vulnerables⁸³⁹.

Por su parte, el Comité de Derechos del Niño ha mencionado la *orientación sexual* entre las razones prohibidas de discriminación, en sus Observaciones Generales del año 2003 relativas a la salud y el desarrollo de los adolescentes⁸⁴⁰, y en la que se refiere al VIH/SIDA y los derechos de los niños⁸⁴¹, siendo ésta especialmente relevante porque denota la preocupación especial por la discriminación basada en el sexo unida a los tabúes o las actitudes negativas o críticas respecto de la actividad sexual de las muchachas, lo que a menudo limita su acceso a medidas preventivas y otros servicios, remarcando que es también preocupante la discriminación basada en las preferencias sexuales, por lo que al idear las estrategias relacionadas con el VIH/SIDA y cumplir con las obligaciones contraídas en virtud de la Convención, los Estados Partes deben examinar detenidamente las normas sociales prescritas en cuanto al sexo con miras a eliminar la discriminación por este motivo, puesto que esas normas repercuten en la vulnerabilidad de las muchachas y los muchachos al VIH/SIDA. En algo importante de apuntar, el Comité señala que los Estados Partes deben reconocer que la discriminación relacionada con el VIH/SIDA perjudica más a las muchachas que a los muchachos.

⁸³⁸ Doc. NU CEDAW/C/DEU/CO/6, de 12 de febrero de 2009, párrafos 61 y 62.

⁸³⁹ Doc. NU CEDAW/C/NLD/CO/5, de 5 de febrero de 2010, párrafos 6, 44 y 45.

⁸⁴⁰ Doc. NU CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003, párrafo 6.

⁸⁴¹ Doc. NU CRC/GC/2003/3, de 17 de marzo de 2003, párrafo 8.

2.3. La incorporación por la labor normativa de órganos de los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

En los ámbitos regionales de protección es en el europeo donde se ha reconocido en mayor cantidad de instrumentos de diverso valor este tipo de criterios de identidad en materia de discriminación en derechos humanos. Es de justicia también señalar que ha sido en el seno del Consejo de Europa donde se ha avanzado más en la comprensión de que el *sexo* es un concepto ligado a la biológico y la *orientación sexual* y la *identidad de género* en tanto, abarcan otros aspectos de la *sexualidad* de los individuos.

El primer antecedente normativo que se puede encontrar retrocediendo en el tiempo es la Recomendación 924 (1981)⁸⁴², *Sobre no discriminación de los homosexuales*, y por la cual se pedía al Comité de Ministros que exhortara a los estados miembros a abolir las leyes que penalizaban los actos homosexuales libremente consentidos entre adultos. Esta relevante recomendación para la época en que se adopta tuvo por escenario las primeras protestas contra esa clase de legislación presente en varios países y principalmente por la estricta aplicación de ella en los casos británicos e irlandés que incluso motivaron las primeras demandas por estos asuntos que llegaron a la Corte europea de derechos humanos, como el emblemático *Caso Dudgeon con Reino Unido* al que me referiré en extenso más adelante⁸⁴³.

Unos años después y también motivada por la naciente jurisprudencia europea en el tema, se adopta la Recomendación 1117 (1989)⁸⁴⁴ que esta vez trata sobre la condición de los *transsexuales*, constatando así y desde temprano cómo el sistema europeo empezó a entender que los problemas que padecen los *homosexuales* no son los mismos que los *transgéneros*. Esta recomendación de la Asamblea Parlamentaria junto con describir la situación de los transgéneros, daba cuenta de los problemas que ellos tienen por su condición, como el problema de inscripción registral de su nombre y la discriminación en el ámbito de su vida privada y recomienda al Comité de Ministros “draw up a recommendation inviting member states to introduce legislation whereby, in the case of irreversible transsexualism : a. the reference to the sex of the person concerned is to be rectified in the register of births and in the identity papers; b. a change of forename is to be authorised; c. the person's private life is to be protected; d. all discrimination in the enjoyment of fundamental rights and freedoms is prohibited in accordance with Article 14 of the European Convention on Human Rights”.

⁸⁴² Doc. Recommendation 924 (1981) on discrimination against homosexuals, 1º de Octubre de 1981. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta81/erec924.htm> (último acceso: 9 de junio de 2010)

⁸⁴³ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁸⁴⁴ Doc. Recommendation 1117 (1989) on the condition of transsexuals, 29 de Septiembre de 1989. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta89/erec1117.htm> (último acceso: 9 de junio de 2010)

En el 2000, la misma Asamblea Parlamentaria adopta la Recomendación 1474 (2000)⁸⁴⁵ sobre la situación de las *lesbianas y gays* en los países miembros del Consejo de Europa, en la cual constató que desde la Recomendación 924 (1981) muchas cosas habían cambiado tras la condena institucional pero lo cierto es que los homosexuales siguen siendo discriminados en la calle, en las escuelas y en el trabajo, y son víctimas de homofobia y diversas formas de violencia, constatando que además en varios países miembros las relaciones homosexuales están criminalizadas. Bajo tales consideraciones, la Asamblea recomendó al Consejo de Ministros: “*i. add sexual orientation to the grounds for discrimination prohibited by the European Convention on Human Rights, as requested in the Assembly’s Opinion No. 216 (2000); ii. extend the terms of reference of the European Commission against Racism and Intolerance (ECRI) to cover homophobia founded on sexual orientation, and add to the staff of the European Commissioner for Human Rights an individual with special responsibility for questions of discrimination on grounds of sexual orientation; iii. call upon member states: a. to include sexual orientation among the prohibited grounds for discrimination in their national legislation; b. to revoke all legislative provisions rendering homosexual acts between consenting adults liable to criminal prosecution; c. to release with immediate effect anyone imprisoned for sexual acts between consenting homosexual adults; d. to apply the same minimum age of consent for homosexual and heterosexual acts; e. to take positive measures to combat homophobic attitudes, particularly in schools, the medical profession, the armed forces, the police, the judiciary and the Bar, as well as in sport, by means of basic and further education and training; f. to co-ordinate efforts with a view to simultaneously launching a vast public information campaign in as many member states as possible; g. to take disciplinary action against anyone discriminating against homosexuals; h. to ensure equal treatment for homosexuals with regard to employment; i. to adopt legislation which makes provision for registered partnerships; j. to recognise persecution against homosexuals as a ground for granting asylum; k. to include in existing fundamental rights protection and mediation structures, or establish an expert on, discrimination on grounds of sexual orientation*”.

La Opinión 216⁸⁴⁶ estaba referida a la sugerencia de la Asamblea Parlamentaria de incorporar en el marco de las discusiones del texto final del *Protocolo N° 12* al CEDH, adoptado por el Comité de Ministros en su versión definitiva en junio del año 2000, a la *orientación sexual* como un criterio expresamente reconocido de protección, lo cual como se sabe no fue acogido sin que esta importante reforma modificara en esa parte el Convenio original, perdiendo así una valiosa opción de ponerse en la delantera de los desarrollos convencionales a favor de la no discriminación a *homosexuales*. Los argumentos que se recogen de los reportes explicatorios dan cuenta que se optó por mantener la misma lista de criterios, no por que los que se sugerían - entre ellos la

⁸⁴⁵ Doc. Recommendation 1474 (2000) *Situation of lesbians and gays in Council of Europe member states*, 30 de Junio de 2000. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta81/erec924.htm> (último acceso: 9 de junio de 2010).

⁸⁴⁶ Doc. Opinion N° 216 (2000) *Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, 26 de Enero de 2000. Disponible en: <http://assembly.coe.int/main.asp?Link=/documents/adoptedtext/ta81/erec924.htm> (último acceso: 9 de junio de 2010).

orientación sexual - no se consideraran especialmente relevantes en consideración al tiempo en que se adoptó el artículo 14 del CEDH, sino por estimarlo innecesario desde un punto de vista jurídico toda vez que se entiende que la lista no es cerrada ni exhaustiva y porque la inclusión especial de algunos a contrario podría llevar a pensar que otros sí quedan excluidos⁸⁴⁷, razonamiento del que no puedo más que disentir pues es el mismo que se podría aplicar hoy y que ha quedado descartado con la práctica jurisprudencial y sobre todo considerando que la propuesta de la Asamblea dejaba también la vía abierta⁸⁴⁸.

Sin duda lo que se observa es que ha sido la Asamblea Parlamentaria la principal promotora de que se adopten textos normativos sobre la materia si bien no es la única dentro de la institucionalidad interna del Consejo de Europa, existiendo importantes desarrollos desde el Congreso de Autoridades Locales y Regionales⁸⁴⁹, y por supuesto desde el Comisionado de los Derechos Humanos⁸⁵⁰.

Así, la Asamblea recordando las Recomendaciones 1117 (1989) sobre la condición de los transexuales y 1474 (2000) sobre la situación de las lesbianas y gays, volvió recientemente a poner

⁸⁴⁷ “20. The list of non-discrimination grounds in Article 1 is identical to that in Article 14 of the Convention. This solution was considered preferable over others, such as expressly including certain additional non-discrimination grounds (for example, physical or mental disability, **sexual orientation** or age), not because of a lack of awareness that such grounds have become particularly important in today's societies as compared with the time of drafting of Article 14 of the Convention, but because such an inclusion was considered unnecessary from a legal point of view since the list of non-discrimination grounds is not exhaustive, and because inclusion of any particular additional ground might give rise to unwarranted a contrario interpretations as regards discrimination based on grounds not so included. It is recalled that the European Court of Human Rights has already applied Article 14 in relation to discrimination grounds not explicitly mentioned in that provision (see, for example, as concerns the ground of sexual orientation, the judgment of 21 December 1999 in the case of *Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal*)”. *Explanatory Report on Protocol N° 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/177.htm> (último acceso: 22 de enero de 2010) párrafo 20 (el destacado es mío)

⁸⁴⁸ “9. The Assembly therefore recommends that the Committee of Ministers: i. replace Article 1 of the draft protocol by the following draft: “Article 1.1. Men and women are equal before the law. 2. The enjoyment of any right set forth by law shall be secured without discrimination on any ground such as sex, **sexual orientation**, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other status. 3. No one shall be discriminated against by any public authority on any ground such as those mentioned in paragraph 2”. Doc. Opinion N° 216 (2000) *Draft Protocol No. 12 to the European Convention on Human Rights*, 26 de Enero de 2000, párrafo 9 (el énfasis es mío)

⁸⁴⁹ En el año 2007 y constatando que en muchos países la libertad de expresión de los grupos LGTB era violada de forma manifiesta, el Congreso adoptó el 27 de marzo la Recomendación 211 (2007) *Freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons*, que recomienda al Comité de Ministros que pida a los estados asegurar un standar de no discriminación por pertenecer a una minoría sexual y combatir el discurso odioso (*hate speech*) y la Resolución 230 (2007) *Freedom of assembly and expression for lesbians, gays, bisexuals and transgendered persons*, que hace similar llamado a las autoridades locales y decide sugerir que se incorporen debates sobre la libertad de asociación y de expresión de los grupos LGTB en las discusiones de alto nivel con la OCDE y ODIHR con miras a una mayor cooperación entre ambas organizaciones al respecto; y le otorga un mandato a su Comisión de Cohesión Social para trabajar en estrecha colaboración con el Comisionado de los Derechos Humanos sobre las cuestiones de discriminación contra miembros de la comunidad LGTB, por ejemplo, en el contexto de cooperación con los defensores del pueblo.

⁸⁵⁰ En la lucha por la igualdad y la no discriminación en el continente europeo, el Comisionado para los Derechos Humanos (instituido por la Resolución (99) 50, de 7 de mayo de 1999 del Comité de Ministros) ha tomado como uno de los temas centrales en su trabajo promotor del respeto de los derechos humanos el de la situación de los grupos LGTB. En el marco de su labor y las múltiples formas en que esta se manifiesta, ha desarrollado documentos de trabajos temáticos sobre algunas materias especialmente relevantes que ponen de relieve la preocupación por tales temas y sugieren formas de afrontar los problemas, siendo su objetivo informar a las autoridades nacionales y a la sociedad civil. Uno de ellos y en lo que interesa a esta investigación es el llamado “*Human Rights and Gender Identity*”, del actual Comisionado, Thomas Hammarberg, presentado el 29 de julio de 2009 y que detalla el marco legal internacional, con especial referencia al ámbito del Consejo de Europa obviamente, y las cuestiones específicas de derechos humanos que afectan a las personas por su identidad de género, tales como los problemas de cambio de sexo y nombre y las consecuencias de ello en el nivel familiar; los problemas en el acceso a la salud y al mercado de trabajo; la violencia y la transfobia contra las personas transgéneros; los problemas de migrantes y refugiados transgéneros; y da cuenta de lo que llama las “buenas prácticas” que algunos estados europeos han introducido para aminorar estos problemas, finalizando con una serie de recomendaciones a los miembros del Consejo de Europa básicamente en el sentido de implementar estándares internacionales que prohíban explícitamente la discriminación; mejorar y modificar los marcos legislativos que afectan los problemas ya referidos de nombre, trabajo o violencia, por ejemplo, promoviendo que se incorpore a las personas transgéneros y sus organizaciones en el desarrollo e implementación de las políticas y medidas legales que a ellos se relacionen. Documento disponible en <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> (último acceso: 3 de agosto de 2009)

el tema esta vez con la Resolución 1728 (2010) y la Recomendación 1915 (2010), ambas de 29 de abril de 2010.

En la primera, junto con mostrar como marco de referencia la constatación de la realidad social y normativa que viven muchas de estas personas en Europa⁸⁵¹, condena nuevamente todas las formas de discriminación sufridas por la comunidad LGTB en los países miembros del Consejo, agregando que las personas LGTB no deberían sentir miedo de ser estigmatizadas o victimizadas, ni en la esfera pública ni en la privada, considerando que es un deber del Consejo promover un mensaje claro de respeto y no discriminación para que todos puedan vivir con dignidad en los estados partes.

Más adelante agrega que la erradicación de la homofobia y la transfobia requiere que los estados miembros implementen una voluntad política coherente con un enfoque de derechos humanos y tomar iniciativas al respecto, sobre lo cual destaca el rol y responsabilidad de los parlamentarios para iniciar y apoyar cambios en la legislación de los países miembros.

Consecuente con ello, la Asamblea insta a los estados miembros a abordar estas cuestiones y en particular llama a la adopción de ciertas medidas, las que me parecen relevantes de señalar pues se trata en verdad de una estrategia transversal que incluye bastante más que solo recursos normativos al interior de los países. Específicamente se trata de un llamado a asegurar que los derechos de las personas LGTB, incluida la libertad de asociación y de expresión, sean respetadas conforme los estándares internacionales; proporcionar recursos jurídicos a las víctimas y poner fin a la impunidad para quienes violan los derechos de las personas LGTB, especialmente su derecho a la vida y la seguridad; reconocer que las lesbianas, bisexuales y transexuales se enfrentan a un

⁸⁵¹ “3. Nevertheless, Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) persons, as well as human rights defenders working for the rights of LGBT persons, face deeply rooted prejudices, hostility and widespread discrimination all over Europe. The lack of knowledge and understanding about sexual orientation and gender identity is a challenge to be addressed in most Council of Europe member states, since it results in an extensive range of human rights violations, affecting the lives of millions of people. Major concerns include physical and verbal violence (hate crimes and hate speech), undue restrictions on freedom of expression, freedom of assembly and association, violations of the right to respect for private and family life, violations of rights to education, work and health, as well as regular stigmatisation. As a consequence, many LGBT persons across Europe live in fear and have to conceal their sexual orientation or gender identity. 4. Transgender persons face a cycle of discrimination and deprivation of their rights in many Council of Europe member states due to discriminatory attitudes and to obstacles in obtaining gender reassignment treatment and legal recognition of the new gender. One consequence is the relatively high suicide rate among transgender persons. 5. Discrimination on the basis of sexual orientation and gender identity can be magnified on the basis of sex and gender, with lesbian, bisexual and transgender women, in particular, running an increased risk of violence. The LGBT community itself is also not immune to sex discrimination. 6. The Assembly is particularly concerned by the violation of the rights to freedom of assembly and freedom of expression for LGBT persons in a number of Council of Europe member states since these rights are pillars of democracy. This has been illustrated by the banning or attempted banning of peaceful rallies or demonstrations of LGBT persons and their supporters and the overt or tacit support some politicians have given to violent counter-demonstrations. 7. Hate speech by certain political, religious and other civil society leaders, and hate speech in the media and internet are also of particular concern. The Assembly stresses that it is the paramount duty of all public authorities not only to protect the rights enshrined in human rights instruments in a practical and effective manner, but also to refrain from speech likely to legitimise and fuel discrimination or hatred based on intolerance. The boundary between hate speech inciting to crime and freedom of expression is to be determined in accordance with the case law of the European Court of Human Rights. 8. Homophobia and transphobia have particularly serious consequences for young LGBT people. They face widespread bullying, sometimes unhelpful or hostile teachers, and curricula which either ignore LGBT issues or propagate homophobic or transphobic attitudes. A combination of discriminatory attitudes in society and rejection by the family can be very damaging for the mental health of young LGBT people, as evidenced by suicide rates which are much higher than those in the wider youth population. 9. It is important not to criticise the perceived or declared sexual orientation of young people, particularly of those attending school aged under 18, and to recognize that any exploitation of their perceived or declared sexual identity, or any humiliation or degrading treatment on that basis, can be both wrong in itself and potentially harmful to their wellbeing and personal growth both at that stage and later in life. 10. The denial of rights to de facto “LGBT families” in many member states must also be addressed, including through the legal recognition and protection of these families”.

aumento de los riesgos de la violencia basada en el género, especialmente en la forma de violaciones, abusos sexuales y matrimonios forzados, proporcionando una protección adecuada contra ese riesgo; condenar la incitación al odio y las declaraciones discriminatorias, protegiendo la libertad de expresión de estas personas; adoptar y aplicar la legislación contra la discriminación que incluya la orientación sexual y la identidad de género entre los motivos prohibidos de discriminación, así como sancionar las infracciones; eliminar las disposiciones legislativas que no estén en conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; garantizar que la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género sea efectivamente informada a los órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales y garantizar que las estructuras nacionales de derechos humanos realmente aborden estas cuestiones; firmar y ratificar el Protocolo N° 12 al CEDH; garantizar el reconocimiento legal a parejas del mismo sexo; considerar la posibilidad de una custodia compartida por los padres, teniendo en mente los intereses de los niños; abordar la discriminación específica que afecta a las personas transgéneros, garantizando en particular en la legislación y en la realidad su derecho a seguridad, documentos que reflejen la identidad de género de la persona, sin obligación de someterse a procedimientos médicos, sean quirúrgicos o de terapia hormonal, acceso a tratamiento de reasignación de género e igualdad de tratamiento en los cuidados de salud, igualdad de acceso al trabajo, los bienes y servicios, la vivienda y otras instalaciones sin distinciones y reconocimiento de sus relaciones en conformidad a la jurisprudencia del TEDH; introducir y desarrollar programas de fomento de la tolerancia, el respeto y la comprensión de personas LGTB, en particular, a funcionarios públicos, la judicatura, la policía y las fuerza armadas, así como a las escuelas, medios de comunicación, profesionales de la medicina y medios deportivos; promover la investigación sobre la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, estableciendo y manteniendo contactos regulares con los defensores de derechos humanos que trabajan sobre los derechos de las personas LGTB; fomentar el dialogo entre las instituciones nacionales de derechos humanos, los organismos que trabajan por la igualdad, los defensores de derechos humanos y las instituciones religiosas, en un marco de respeto mutuo, a fin de facilitar los debates públicos y las reformas referentes a las personas LGTB; reconocer la persecución de estas personas como motivo para conceder asilo e implementar las directrices que sobre el punto ha desarrollado el ACNUR; y finalmente, implementar plenamente en sus legislaciones y prácticas las recomendaciones del Comité de Ministros para combatir la discriminación por orientación sexual e identidad de género.

En la Recomendación 1915 (2010) en tanto, también del 29 de abril de 2010 como se ha dicho, la Asamblea encomia la Recomendación CM/Rec (2010) 5, de 31 de marzo de 2010, del Comité de Ministros y señala que el Consejo de Europa tiene el deber de enviar un mensaje claro de no discriminación y que es una organización que posee la experiencia para ser el centro de los debates por lo cual recomienda definir una mayor acción en este ámbito poniendo énfasis en algo

que me parece oportuno destacar como es la cuestión de la homofobia y la transfobia en el marco de las escuelas y el trabajo con los niños.

Si bien este trabajo ha girado sobre el ejercicio de derechos en un marco de igualdad y entre personas capaces, no puedo por eso ignorar que hay un fenómeno desgraciadamente cada vez más generalizado sobre violencia, hostigamiento y matonaje escolar por razón de las diferencias que algunos niños, niñas o adolescentes ya empiezan a evidenciar desde temprano en cuanto a sus *preferencias sexuales* o su *identidad de género*, o por la forma en que quieren expresar ésta, conocido mundialmente con la expresión inglesa “bullying” que significa intimidación y que en función de los enormes desarrollos de medios, plataformas y redes sociales por Internet ha dado paso al llamado “ciber-bullying”,⁸⁵² y frente al cual se requiere una masiva acción internacional a la par de las iniciativas internas para frenarlo o al menos atenuar sus consecuencias nefastas, teniendo acá la educación que jugar un rol relevante.

Estas resoluciones siguieron entonces lo que ya había hecho de forma importante el Comité de Ministros con la adopción de su Recomendación CM/Rec (2010) 5, sobre medidas para combatir la discriminación por orientación sexual o identidad de género basándose en su mensaje a todos los comités que participan en el trabajo intergubernamental en el Consejo de Europa sobre la igualdad de derechos y la dignidad de las personas lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros, adoptado el 2 de julio de 2008. De hecho, la Asamblea expresa en su Recomendación 1728 (2010) su satisfacción por este trabajo recomendatorio del Comité de Ministros y la alta prioridad dada por el Comisionado de Derechos Humanos al tema, así como señala el reciente reporte de la Unión Europea y su Agencia de Derechos Fundamentales sobre la homofobia y la discriminación por razón de orientación sexual en los países miembros de la Unión.

Las recomendaciones del Comité de Ministros tienden a que los estados miembros examinen las medidas legislativas y otras a fin de supervisar y corregir cualquier discriminación, directa o indirecta, por razón de *orientación sexual* o *identidad de género*; garantizar que tales medidas sean efectivamente implementadas para terminar con estas discriminaciones; asegurar a las víctimas recursos eficaces y que las medidas incluya también sanciones y reparaciones; guiarse en sus leyes, políticas y prácticas por los principios que figuran en el apéndice de la Recomendación; y garantizar la difusión de ella y este apéndice, el cual se refiere a la forma de concebir el derecho a la vida, la seguridad y la protección contra la violencia (con un interesante desarrollo de los llamados “crímenes de odio” y los “discursos de odio”), la libertad de asociación, la libertad de expresión y de reunión, el respeto a la vida privada y familiar, el empleo, la educación, la salud, la vivienda, los

⁸⁵² Véase el interesante reportaje “Teenages insults, Scrawled on Web, Not on Walls” en The New York Times, versión electrónica del 5 de mayo de 2010. Disponible en: <http://www.nytimes.com/2010/05/06/us/06formspring.html?scp=1&sq=Ariane%20Barrie-Stern%20&st=cse> (último acceso: 5 de mayo de 2010).

En Chile uno de los temas que se busca abordar desde la sociedad civil preocupada de los derechos LGTB es justamente el acoso escolar por homosexualidad o género. Recientemente el MOVILH (Movimiento Chileno de Minorías Sexuales) denunció ante el Ministro de Educación del actual gobierno de Sebastián Piñera, Joaquín Lavín, la situación de expulsión que por su homosexualidad afectó a un alumno quien reclamó ser afectado por bullying homofóbico. Véase mayores antecedentes en: http://www.movilh.cl/index.php?option=com_content&task=view&id=903 (último acceso: 14 de junio de 2010)

deportes, el derecho a asilo, las estructuras nacionales de derechos humanos y la discriminación múltiple.

Como se puede apreciar, los últimos meses han sido decisivos en un desarrollo normativo en este nivel buscando introducir definitivamente los criterios que estudio en los márgenes de la no discriminación que promueve la institucionalidad del Consejo de Europa.

En el ámbito americano en tanto y enmarcada en la labor de los órganos que llevan adelante el sistema de protección, se encuentran los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, aprobados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008⁸⁵³, surgidos a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad, que consagra como segundo principio el de la No Discriminación e incluye expresamente a la *orientación sexual* como un criterio protegido, diferenciándolo además del *sexo* y del *género*. “*Bajo ninguna circunstancia se discriminará a las personas privadas de libertad por motivos de su raza, origen étnico, nacionalidad, color, **sexo**, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física, mental o sensorial, **género, orientación sexual**, o cualquiera otra condición social*” (el destacado es mío).

Por otro lado pero también en el ámbito de las Relatorías que refuerzan el sistema interamericano, basándose en el principio de igualdad y no discriminación, y teniendo en cuenta la premisa seguida de que “*la preferencia sexual como categoría prohibida para estos fines se entiende comprendida en la noción de sexo*”, la Relatoría Especial sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que la política de migración no puede discriminar por razón de “*preferencia sexual*”, la que debe entenderse como sinónima de *orientación sexual*⁸⁵⁴. Si bien no puedo más que considerar que es un retroceso la inclusión en la expresión *sexo*, sí debo admitir el avance que supone buscar caminos para incluirla explícitamente como una cusa de discriminación prohibida⁸⁵⁵.

2.4. La incorporación por la labor de normativa de otros órdenes vinculados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En primer lugar en este apartado y a pesar de no ser el Derecho Comunitario un ámbito recogido en esta investigación hay que decir que en el marco de su proclamado compromiso con la igualdad y los derechos humanos, la Unión Europea ha recogido expresamente a la *orientación*

⁸⁵³ Doc. OEA/Ser.L/V/II.131 doc. 26

⁸⁵⁴ Segundo informe de progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias, Documento OEA/Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev. 16 de abril de 2001, párrafo 97, sección 3.

⁸⁵⁵ Las Resoluciones adoptadas por la Asamblea General de la OEA en los años 2008, 2009 y 2010, en el marco de las sesiones anuales de su Asamblea General, serán tratadas en el capítulo 5º por su carácter más general en cuanto instrumento blando que a aquellos instrumentos desarrollados dentro de los órganos que llevan adelante el sistema interamericano de protección de derechos humanos, como serían la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y las Relatorías de la primera.

sexual como un criterio de discriminación, diferenciándolo del *sexo*, al menos en su consagración formal.

El artículo 13 del Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, en la Primera Parte referida a los Principios - cuestión nada menor pues indicaría que se impregna de la idea toda la legislación comunitaria - establece que el Consejo por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento, “*podrá adoptar decisiones adecuadas para lucha contra la discriminación por motivo de **sexo**, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u **orientación sexual***” (el destacado es mío) el cual se repetiría una década después como actual artículo 19 del *Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea* o *Tratado de Lisboa*, de diciembre de 2007.

Además, cuando en 2000 se adopta la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea* la no discriminación se incluye en el marco de la parte dedicada a la Igualdad estableciendo en el artículo 21.1 la prohibición de toda discriminación “*y en particular la ejercida **por razón de sexo**, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u **orientación sexual***” (el énfasis es mío), repitiendo entonces la consideración del *sexo* y la *orientación sexual* como criterios separados, incluyéndose esta Carta en el *Tratado de Lisboa*.

En el marco de esta incorporación se actualizó el documento “Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales” y en la parte relativa al artículo 21 se indica que el apartado 1 se inspira en el artículo 13 del Tratado CE, sustituido ahora por el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en el artículo 14 del CEDH y en el artículo 11 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, referente al patrimonio genético. “*En la medida en que coincide con el artículo 14 del CEDH, se aplica de acuerdo con éste. No existe contradicción ni incompatibilidad entre el apartado 1 y el artículo 19 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que tiene objetivos y alcance diferentes: el artículo 19 confiere competencias a la Unión para adoptar actos legislativos, incluida la armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros, con el fin de combatir determinadas formas de discriminación que se especifican de forma exhaustiva en el citado artículo. Dicha legislación podría cubrir la acción de las autoridades de los Estados miembros (así como las relaciones entre los particulares) en cualquier ámbito dentro de los límites de las competencias de la Unión. Las disposiciones del apartado 1 del artículo 21 no confieren, sin embargo, competencias para adoptar leyes con el fin de combatir formas de discriminación en ámbitos de acción de los Estados miembros o en la esfera privada, ni constituyen una prohibición generalizada de la discriminación en dichos ámbitos. Se refieren solamente a las discriminaciones por parte de las instituciones y órganos de la Unión en el ejercicio de las competencias que les confieren los Tratados, y por parte de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la*

*Unión solamente. Por consiguiente, el apartado 1 no modifica el alcance de las competencias conferidas por el artículo 19 ni la interpretación de dicho artículo”*⁸⁵⁶.

No siendo mi objeto de estudio el Derecho Comunitario como he dicho en varios apartados, por la relevancia de esta norma no puedo dejar de mencionarla ya que supone la primera incorporación expresa de la *orientación sexual* como criterio de discriminación en el marco de un tratado internacional que se refiera a la discriminación en derechos humanos⁸⁵⁷.

En segundo lugar y recordando que en general en las cláusulas de discriminación el criterio recogido es el *sexo* (entendido en clave de *sexo* como sinónimo de *mujer*) hay que constatar lo que ha sido la incorporación expresa del *género* en el *Estatuto de Roma* por su estrecha ligazón con la discriminación y los derechos humanos.

Como he explicado antes⁸⁵⁸, cuando logra aprobarse el tratado que crea la Corte Penal Internacional se incluye por vez primera en un texto de esa naturaleza una definición de *género* en su artículo 7.3 y en el marco de la regulación de los crímenes de lesa humanidad indicando que “*A los efectos del presente Estatuto se entenderá que el término género se refiere a los dos sexos, masculino y femenino, en el contexto de la sociedad. El término género no tendrá más acepción que la que antecede*”, concepto que ha sido criticado, entre otros motivos, porque se leería en él una exclusión de otras *identidades de género* y de las diversas *orientaciones sexuales* que pueden presentarse en un hombre o en una mujer, dejando así en total desprotección a este grupo de personas en materias penales internacionales.

En efecto y siendo este un aspecto poco estudiado, al menos en la doctrina en habla española acerca de la Corte Penal, alguna doctrina se ha preocupado de buscar argumentos para justificar que esa primera visión que lleva a entender que no está incluida en esta definición la *orientación sexual* u otras *identidades de género* es errada, optando así por una forma de interpretación que podrá entenderse como “pro no discriminación” y que no se habría perdido la oportunidad por parte de los negociadores del *Estatuto* para que el derecho internacional repensara sus límites en materia de lo que entiende por *género* incluyendo la posibilidad de que cada persona agencie su sexualidad⁸⁵⁹.

Esta línea de argumentación se construye sobre varias bases.

⁸⁵⁶ Doc. (2007/C/ 303/02) Diario Oficial de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2007.

⁸⁵⁷ Otros antecedentes normativos del plano jurídico comunitario muestran esta apertura en incorporar en diversas fuentes a la *orientación sexual* o incluso a los *transgéneros* en materias de derechos humanos y no discriminación. Ejemplos son dos de las más famosas directivas en materia de No discriminación. Una de ellas es la Directiva 2000/78/EC, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, que incluye expresamente a la orientación sexual en el marco del principio de igualdad de trato que persigue y al dar un concepto de discriminación. La otra es la conocida como “Directiva de la Definición” o “Directiva de Reconocimiento” que otorgó para la Unión Europea una definición de refugiado a la luz de los desarrollos del ACNUR en la materia. La Directiva 2004/83/EC, de 29 de abril de 2004, por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida, expresamente se refiere a la orientación sexual para decir en el artículo 10 que en los motivos de persecución y a propósito de los grupos a que se considera “un determinado grupo social” que “En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, podrá incluirse en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual. No podrá entenderse la orientación sexual en un sentido que comporte actos considerados delictivos por la legislación nacional de los Estados miembros. Podrán tenerse en cuenta aspectos relacionados con el sexo de la persona, sin que ellos por sí solos puedan dar lugar a la presunción de aplicabilidad del presente artículo”.

⁸⁵⁸ Véase en el Capítulo 3 el tema: “La Discriminación de mujeres en otros ámbitos del Derecho Internacional. Conflictos, Paz y Seguridad Internacional”.

⁸⁵⁹ Oosterveld, V., “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court” (cit.), p. 77.

A saber en primer lugar, que las palabras usadas por el tratado no excluyen *per se* la incorporación de la *orientación sexual* ya que precisamente como no hay consenso en el ámbito internacional si el término *género* la incluye, ello deja abierta la puerta para la interpretación que pueda hacer la Corte según las circunstancias del caso.

Asimismo, como se considera por muchos que la definición es tautológica y superflua en su parte final, la reconducción a la primera parte del concepto, en conjunción con las reglas y principios generales de interpretación de los tratados permitirían un examen de los términos y su significado común, a lo que además habría que sumar la consideración del contexto que nos lleva al Preámbulo del *Estatuto* que claramente hace referencia a las “*atrocidades que desafían la imaginación y conmueven profundamente la conciencia de la humanidad*” que hay que tener presente y entre las cuales sin duda se debería considerar lo que fue el exterminio de homosexuales durante la Segunda Guerra Mundial, sin importar si eran judíos o no, por ejemplo.

Una segunda argumentación, que ya he referido poco antes, es que en la duda debe resolverse la ambigüedad a favor de la incorporación de la *orientación sexual* pues el derecho a no ser discriminado por ella ya ha sido reconocido en la institucionalidad internacional de los derechos humanos, especialmente por el Comité de Derechos Humanos, cuestión a la que iré en el apartado siguiente de este capítulo probando que ello es así, aunque sea por diversas líneas argumentativas.

En tercer lugar, se apela a que existe una evidente conexión entre *género* y *orientación sexual*, que incluso llega a cubrir la *identidad de género* que presentan los *transgéneros*. La violencia motivada por persecuciones de género incluye persecuciones que a veces tienen que ver con manifestaciones o expresiones de identidad que salen de lo que se supone es lo aceptado o definido como el *rol de género* respectivo y ellos abarca no sólo los roles *masculino/femenino*, sino también la situación de los *transgéneros* y por cierto a quienes manifiestan una *orientación sexual* que se estime no es consecuente con el *rol de género* asignado.

Ahora bien, pese a que existen estos fundados argumentos se encuentran también otros para defender que no importaría si el *género* del artículo 7 del *Estatuto* incluye o no la *orientación sexual* pues existen otros caminos en el propio tratado para entenderla incorporada.

Un ejemplo sería la comprensión de la *orientación sexual* en la expresión “...u otra condición” que usa el artículo 21.3 al referirse a la aplicación del derecho sin distinción alguna.

Otro sería la inclusión en la persecución de crímenes de lesa humanidad del mismo artículo 7 cuando señala en la letra h) del numeral 1 por “...otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte;...” aunque aquí se podría discutir sobre el alcance la expresión “*universalmente reconocidos*” y lo que es la verdad de la recepción de la sexualidad abierta en muchos países, tema donde las diferencias son manifiestas y ponen a jugar una “universalidad” de los derechos que a ella se puedan vincular.

La posibilidad del Fiscal y aún de la Corte de considerar la *orientación sexual* a partir del nombramiento de asesores en ciertos temas y al considerar las circunstancias personales de las víctimas y de los testigos, como surge de los artículos 42.9; 54.1.b; y 68.2, sería otro argumento de carácter inclusivo.

Pese a toda esta línea argumentativa en los sentidos descritos se mantiene vigente al final la cuestión sobre la forma de cómo entender *sexo*, *género* y *orientación sexual* en el marco de la justicia penal internacional, frente a lo cual habrían resumidamente dos caminos.

El primero es entender que *género* está fusionado a *orientación sexual* con lo cual su análisis empieza y termina en este último y conduciría a la Corte a excluir múltiples aspectos de lo que realmente es el *género* de una persona.

El segundo es hacer sinónimo *orientación sexual* dentro de *sexo* y de *género*, con lo cual la Corte tendría claramente una visión heteronormativa y vincularía lo biológico a la construcción social en la identidad de una persona⁸⁶⁰.

Ahora bien, el salto cualitativo que ha dado el Derecho Penal Internacional con la adopción y entrada en vigencia del *Estatuto de Roma* ha abierto un nuevo tiempo para esta cuestión referida a una de las mayores y más graves formas de discriminación que afecta a muchos: la que se produce en el marco de situaciones de conflictos o en el marco de graves crímenes que deben ser investigados para castigar a sus responsables y en este sentido, el trabajo de este tribunal penal y los de carácter *ad hoc* será más importante aún en el futuro.

Lamentablemente la violencia que se ejerce contra *hombres y mujeres* por cuestiones que tienen que ver con su *identidad sexual* en el marco de ciertos conflictos armados no es un tema asumido aún claramente por la institucionalidad internacional que ha centrado buena parte de sus esfuerzos sólo en la condición desmejorada de las mujeres en el marco del mantenimiento de la paz y la seguridad internacional o de la reconstrucción de ella, sin tomar peso real a cómo los estereotipos sobre lo que es el *género* o la *orientación sexual* de una persona pueden agravar su situación y en ese sentido apunto desde ya que se trata de un tópico que deben empezar a ser considerado seriamente a la hora de investigar y sancionar crímenes internacionales. Lo anterior parece ser más grave e invisibilizado en el caso de los hombres por razón de los enormes prejuicios que se elevan con fuerza cuando se trata de ponerlos como víctimas de violencia sexual en relación a las características de masculinidad y fuerza que se asocian mayoritariamente a ellos⁸⁶¹.

Finalizo este apartado con la referencia al trabajo que viene desarrollando la Organización Iberoamericana de Juventud, organización gubernamental que integran hoy Argentina, Bolivia,

⁸⁶⁰ Véase el desarrollo en detalle de estas líneas argumentativas de autores de habla inglesa en Oosterveld, V., “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court” (cit.), pp. 76-81.

⁸⁶¹ Véase el interesante trabajo de Sivakumaran, S. “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, num. 2, 2007 que da cuenta de la insuficiencia del tratamiento en la literatura y en una de sus partes explora las diferentes formas que puede tomar el abuso sexual contra hombres en medio de conflictos armados, en que las principales son la violación y la esterilización forzada. El autor además pone de relieve la importancia de la construcción heteronoma en el problema de la violencia sexual contra hombres y mujeres, a partir de ciertos roles que le vienen dado en todas las estructuras a los hombres, y como la homosexualidad es entonces un factor que altera esos roles y se hace causa de la violencia sexual y el abuso. El hombre heterosexual es así el símbolo del poder.

Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, creada institucionalmente en 1996 para promover el dialogo, la concertación y la cooperación en materia de juventud entre los países iberoamericanos y que desde el año 2005 se ha sumado al Sistema de Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de Iberoamérica a través de la Secretaria General Iberoamericana (SEGIB), lo que ha significado un interesante respaldo a las políticas públicas sobre juventud en la región⁸⁶².

En el marco de sus temas de trabajo, la cuestión de la sexualidad de los jóvenes y dentro de ella los derechos sexuales y reproductivos ha estado presente desde el inicio de su funcionamiento y la prueba normativa está en los artículos 11, 23 y 25 de la *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*, texto central para la zona en lo que toca a la implementación de políticas para jóvenes y que se adoptó tras varios años de deliberaciones el 11 de octubre de 2005 en la ciudad española de Badajoz, sin la firma en todo caso hasta octubre de 2010 de Chile, Colombia, Brasil, El Salvador y Argentina. El tratado entró en vigor el 1° de marzo de 2008 cuando se reunieron las cinco ratificaciones requeridas para ello: Ecuador, República Dominicana, Honduras, España y Costa Rica, países a quienes sólo se han sumado en estos años Uruguay y Bolivia, transformándolo en un convenio de verdadera poca aplicación para el espacio iberoamericano, más allá de las buenas intenciones de sus gestores.

Pese a ello, estimo que hay que hacer justicia con la preocupación por la *sexualidad* que se refleja principalmente en los artículos que he indicado sobre protección contra los abusos sexuales⁸⁶³, educación sexual⁸⁶⁴ y sobre salud⁸⁶⁵ respectivamente. En lo que toca a la diversidad sexual, además de los artículos ya citados, el artículo 5° contiene el principio de no discriminación en el goce de los derechos y libertades reconocidos a los jóvenes en la Convención, consagrando de modo expreso a la *orientación sexual*, considerándola así de forma separada al *sexo* que también es

⁸⁶² Sobre los antecedentes que dieron vida a esta iniciativa iberoamericana véase el sitio oficial de la OIJ <http://www.oij.org/acerca.php> (último acceso: 16 de octubre de 2010)

⁸⁶³ Artículo 11. Derecho a la protección contra los abusos sexuales. “*Los Estados Parte tomarán todas las medidas necesarias para la prevención de la explotación, el abuso y el turismo sexual y de cualquier otro tipo de violencia o maltrato sobre los jóvenes, y promoverán la recuperación física, psicológica, social y económica de las víctimas*”.

⁸⁶⁴ Artículo 23. Derecho a la educación sexual. “*1. Los Estados Parte reconocen que el derecho a la educación también comprende el derecho a la educación sexual como fuente de desarrollo personal, afectividad y expresión comunicativa, así como la información relativa la reproducción y sus consecuencias. 2. La educación sexual se impartirá en todos los niveles educativos y fomentará una conducta responsable en el ejercicio de la sexualidad, orientada a su plena aceptación e identidad, así como, a la prevención de las enfermedades de transmisión sexual, el VIH (Sida), los embarazos no deseados y el abuso o violencia sexual. 3. Los Estados Parte reconocen la importante función y responsabilidad que corresponde a la familia en la educación sexual de los jóvenes. 4. Los Estados Parte adoptarán e implementarán políticas de educación sexual, estableciendo planes y programas que aseguren la información y el pleno y responsable ejercicio de este derecho*”.

⁸⁶⁵ Artículo 25. Derecho a la salud. “*1. Los Estados Parte reconocen el derecho de los jóvenes a una salud integral y de calidad. 2. Este derecho incluye la atención primaria gratuita, la educación preventiva, la nutrición, la atención y cuidado especializado de la salud juvenil, la promoción de la salud sexual y reproductiva, la investigación de los problemas de salud que se presentan en la edad juvenil, la información y prevención contra el alcoholismo, el tabaquismo y el uso indebido de drogas. 3. Tienen igualmente derecho a la confidencialidad y al respeto del personal de los servicios de salud, en particular, en lo relativo a su salud sexual y reproductiva. 4.- Los Estados Parte velarán por la plena efectividad de este derecho adoptando y aplicando políticas y programas de salud integral, específicamente orientados a la prevención de enfermedades, promoción de la salud y estilos de vida saludable entre los jóvenes. Se potenciarán las políticas de erradicación del tráfico y consumo de drogas nocivas para la salud*”.

mencionado⁸⁶⁶. Si bien no se precisa sobre la *identidad de género* como un criterio expresamente prohibido de discriminación, al usar la frase “*cualquier otra condición o circunstancia personal o social del joven*” puede entenderse incluida, más aún si esta norma se interpreta en conjunción con una lectura amplia de los artículos 14 y 15 que consagran el derecho a la identidad de todo joven y la libertad de expresión en relación a su identidad y el derecho a la intimidad y a la propia imagen, normas que por cierto también omiten la mención a este aspecto de la sexualidad de forma explícita⁸⁶⁷.

Ahora bien, a partir de lo presentado en este apartado se observa entonces que existe una tendencia a la consagración normativa de la *orientación sexual* y las nuevas *identidades de género*, y aún del propio concepto de *género*, en el derecho internacional directa o indirectamente vinculado a los sistemas de derechos humanos que tratan la discriminación en derechos fundamentales en diversos contextos espaciales o sustantivos⁸⁶⁸, a diferencia de lo que ocurre en el sistema universal o en los sistemas regionales y sus mecanismos protectores en el marco normativo.

En este ámbito de los sistemas protectores de derechos humanos lo que sí ha ocurrido es el desarrollo de una jurisprudencia y un trabajo institucional cada vez mayor en la línea de reconocer que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos sí prohíbe la discriminación por *identidad de género* y/o por *orientación sexual* en lo que ha sido la interpretación de las principales normas de no discriminación contenidas en el PIDCP, en el CEDH y en el *Pacto de San José de Costa Rica* que son los textos vinculantes sobre protección de derechos humanos y no discriminación más relevantes en cuanto a su aplicación práctica, tema al que iré en los apartados siguientes.

⁸⁶⁶ Artículo 5. Principio de no-discriminación. “*El goce de los derechos y libertades reconocidos a los jóvenes en la presente Convención no admite ninguna discriminación fundada en la raza, el color, el origen nacional, la pertenencia a una minoría nacional, étnica o cultural, el sexo, la orientación sexual, la lengua, la religión, las opiniones, la condición social, las aptitudes físicas, o la discapacidad, el lugar donde se vive, los recursos económicos o cualquier otra condición o circunstancia personal o social del joven que pudiese ser invocada para establecer discriminaciones que afecten la igualdad de derechos y las oportunidades al goce de los mismos*”.

⁸⁶⁷ Artículo 14. Derecho a la identidad y personalidad propias. “*1.- Todo joven tiene derecho a: tener una nacionalidad, a no ser privado de ella y a adquirir otra voluntariamente, y a su propia identidad, consistente en la formación de su personalidad, en atención a sus especificidades y características de sexo, nacionalidad, etnia, filiación, orientación sexual, creencia y cultura. 2.- Los Estados Parte promoverán el debido respeto a la identidad de los jóvenes y garantizarán su libre expresión, velando por la erradicación de situaciones que los discriminen en cualquiera de los aspectos concernientes a su identidad*”. Artículo 15. Derecho al honor, intimidad y a la propia imagen. “*1. Los jóvenes tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 2. Los Estados Parte adoptarán las medidas necesarias y formularán propuestas de alto impacto social para alcanzar la plena efectividad de estos derechos y para evitar cualquier explotación de su imagen o prácticas en contra de su condición física y mental, que mermen su dignidad personal*”.

⁸⁶⁸ Otro ámbito normativo que interesa es lo que toca a la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), creada el 23 de junio de 1973 con 35 países. Con la firma del Acta de Helsinki en 1975 es cuando esta particular organización cobraría su vida actual desde la Conferencia sobre la Seguridad y Cooperación en Europa a la actual Organización. La OSCE tiene la particularidad que desarrolla sus actividades y toma sus decisiones por el consenso de sus miembros, que actualmente llegan a 56, incluyendo no sólo a países europeos, sino también a otros como Estados Unidos y Canadá, aunque todos sus estados partes en plenitud son del hemisferio norte del mundo. Sus obligaciones y compromisos son de orden político y no jurídico y eso le ha dado su especial característica. En el marco de su labor hay que destacar la preocupación constante por los derechos humanos y la no discriminación que, en lo que toca a esta investigación, se ha traducido en un trabajo sobre los crímenes de odio, incluyendo entonces como una categoría particular a aquellos que se producen contra grupos LGTB. Sobre el punto véase el informe “Hate crimes in the Osce Region - Incidents and responses. Annual Report for 2008”, de Noviembre de 2009. Disponible en: http://www.osce.org/publications/odihr/2009/11/41314_1424_en.pdf (último acceso: 07 de abril de 2010)

3. LA RECEPCIÓN DE LA *ORIENTACIÓN SEXUAL* Y LA *IDENTIDAD DE GÉNERO* COMO CRITERIOS DE DISCRIMINACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL⁸⁶⁹.

Por la forma en que concibo la cuestión de la *identidad de género*, como una categoría que no debe considerarse sinónima de la *homosexualidad*, y por ser el análisis de casos un tema donde tales diferencias quedan de manifiesto de forma clara es que realizaré el tratamiento de jurisprudencia de ambas por separado, partiendo por referirme a la discriminación por *orientación sexual*, ámbito en que existen mayores precedentes jurisprudenciales - en diversos sentidos en todo caso - en relación a lo que han sido los reclamos de personas *transgéneros* y sus vivencias particulares.

3.1 Sobre *Orientación Sexual* y jurisprudencia internacional.

Al iniciar esta parte quiero dejar establecido que el análisis se ha concentrado en el trabajo del Comité de Derechos Humanos y en el sistema europeo, incluyendo tanto a la Comisión como a la Corte. Lo anterior obedece que en el sistema americano el tema prácticamente no ha tenido visibilidad⁸⁷⁰ y el primer caso sobre discriminación por *orientación sexual* que ha llegado a la Corte - el ya citado *Caso Atala contra Chile* - se encuentra en etapa de inicio al haberse ingresado a la Corte el 17 de septiembre de 2010, no encontrando entonces bases suficientes como para dar por configurada alguna jurisprudencia sobre el tema que emane de la Corte Interamericana⁸⁷¹, misma conclusión general que se puede decir del sistema africano en que ni siquiera hay una institucionalidad jurisdiccional en pleno funcionamiento sino sólo el trabajo de la Comisión Africana que no arroja importante información sobre el tema.

Efectuada esta aclaración, debo decir ahora que esta jurisprudencia - la del Comité y la del sistema europeo - se ha construido a mi entender en torno a dos líneas argumentativas que se han

⁸⁶⁹ Bajo la expresión “jurisprudencia” entiendo que se pueden encuadrar para estos efectos tanto las decisiones de tribunales internacionales de derechos humanos como algunas decisiones del órgano de vigilancia del PIDCP en los casos de quejas individuales y aún decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la que era la Comisión europea homónima, reconociendo sí por supuesto el carácter no jurisdiccional de tales comisiones y del propio Comité de Derechos Humanos.

⁸⁷⁰ Hay que recordar sí que por la vía consultiva, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido dando su interpretación de las cláusula residual “*u otra condición social*” para efectos de entender que en ella quedan incluido la orientación sexual. Ejemplo es la Opinión Consultiva N° 18, de 17 de septiembre de 2003, sobre la Condición Jurídica de los Trabajadores Migrantes en que la Corte incluyó nuevas categorías de discriminación cuando señaló que “...es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., inter alia, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras)” (párrafo 63). Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/opiniones.cfm> (último acceso: 27 de diciembre de 2009)

⁸⁷¹ Como ya se ha citado, el primer caso de derechos humanos y *orientación sexual* en el sistema interamericano fue promovido ante la Comisión Interamericana por Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia, mujer confinada en una cárcel de mujeres a quien se le negó el derecho a tener visitas íntimas con su pareja del mismo sexo. La Comisión decidió admitir la petición, dictaminando que “en principio, la petición se refiere a hechos que podrían suponer, inter alia, una violación del Artículo 11 (2) de la Convención Americana, en cuanto hubiera injerencias abusivas o arbitrarias en su vida privada”. Caso número 11.656, Informe N° 71/99 (Admisibilidad) de 4 de mayo de 1999, párrafo 21. La Comisión Interamericana señaló en la misma línea que la penalización de la homosexualidad y la privación de libertad sencillamente por razón de la preferencia sexual es una práctica que “no se compadece con las disposiciones contenidas en varios artículos de la Convención Americana y debe en consecuencia ser modificada”. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunicado de prensa N° 24/1994.

conjugado en las distintas decisiones referidas a temas que tienen que ver con reclamos de personas *homosexuales*. Por un lado, a partir de entender que la expresión *sexo*, que sí viene recogida expresamente en casi todas las cláusulas de no discriminación, sean abiertas o cerradas, autónomas o no autónomas, incluye en sí misma también la *orientación sexual* (y por cierto también a la *identidad de género*) dando así a la expresión *sexo* un contenido que va más allá de la distinción *hombre/ mujer*, óptica que es la seguida por el Comité de Derechos Humanos en sus dictámenes. Del otro lado - en lo que se aprecia en el sistema europeo - entender que el establecimiento de cláusulas abiertas de no discriminación permite incluir como “*cualquier otra condición social*” o “*cualquier otra situación*” al criterio de la *orientación sexual* cuando en una aplicación carente de razonabilidad y objetividad en su justificación, entrañan una conducta de exclusión para el titular de algún derecho de que se trate, normalmente el derecho a la vida privada y los relativos a la constitución de la familia.

El análisis lo haré entonces viendo como se conjugan estas dos ópticas, principalmente a la luz de la invocación e interpretación de las principales cláusulas de no discriminación de este tipo que son los artículos 2º.1º y 26 del PIDCP, y el artículo 14 del CEDH, sin perjuicio de su vinculación con la lista de otros artículos contenidos en cada tratado que busca, directa o indirectamente, terminar con las discriminaciones, como son especialmente - pero no de forma exclusiva - los que tienen que ver con el respeto de la vida privada de las personas, esto es, los artículos 17 del PIDCP y 8º del CEDH.

3.1.1. La tendencia a la interpretación amplia de la expresión *sexo*.

El artículo 2º.1º del PIDCP establece el compromiso de los Estados partes de respetar y garantizar los derechos del Pacto “...*sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social*”, fórmula similar que usa el artículo 26 del mismo tratado.

A propósito de la comunicación individual de *Nicholas Toonen contra Australia*⁸⁷², el Comité de Derechos Humanos tuvo la primera oportunidad de dar vida a una jurisprudencia histórica para el sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas sentando algunas ideas que se han mantenido hasta hoy en general sobre cómo entender el juego de estos artículos en lo que toca a las discriminaciones que pueden afectar a personas por su *orientación sexual* en el ámbito de las relaciones que forman parte de la vida privada conforme el artículo 17 del PIDCP⁸⁷³, entendiendo que la expresión *sexo*, incluye a la *orientación sexual*⁸⁷⁴.

⁸⁷² Doc. CCPR/C/50/D/488/1992.

⁸⁷³ “1. Nadie será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación. 2. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”.

⁸⁷⁴ Años antes en todo caso, en el año 1982, en el llamado *Caso Hertzberg con Finlandia* la discriminación hacia homosexuales fue presentada ante el Comité a propósito de las restricciones en dicho país a la libertad de expresión del artículo 19 del PIDCP en lo que

Por cierto hay que decir que hasta el *Caso Toonen*, sólo había sido el sistema europeo al que le había tocado pronunciarse sobre el tema de las discriminaciones a *homosexuales* en sus relaciones privadas y si bien hay mucha similitud en ambos, el Comité no hace referencia expresa al emblemático y pionero caso de ese sistema, el llamado *Caso Dudgeon con Reino Unido*, fallado en 1981⁸⁷⁵, teniendo algunas diferencia para arribar a conclusiones semejantes.

Toonen era un ciudadano del estado australiano de Tasmania, activista y líder de un grupo civil de reivindicación de derechos de los homosexuales que perseguía el cambio de las leyes contrarias a la homosexualidad (TGLRG, *Tasmanian Gay Law Reform Group*) quien alegó ante el Comité que la actividad sexual consentida entre adultos y en privado, quedaba protegida por el concepto de “*vida privada*” del Pacto (artículo 17), el cual prohíbe las injerencias estatales en la vida privada de las personas.

Su denuncia se enmarcó en el estado de manifiesta violencia, hostilidad y discriminación hacia los homosexuales que se vivía en Tasmania, reflejado por ejemplo en la posibilidad de que la policía investigara aspectos íntimos de su vida con la opción incluso de detener personas si se sospechaba que participaban de algunas de las conductas prohibidas, aunque fuera dentro de su casa lo que a juicio del denunciante suponía no distinguir una actividad privada de una pública, trasladando lo privado al dominio público.

Agregó que si bien la autoridades de Tasmania no habían detenido a nadie en virtud de la aplicación de estas normas, en razón de su larga relación con otro hombre, su lucha activa ante los políticos del estado y las informaciones difundidas en los medios de comunicación locales sobre sus actividades, así como su labor de activista de los derechos de los homosexuales y su trabajo a favor de los enfermos de VIH/SIDA, su vida privada y libertad se encontraban amenazadas por el mantenimiento de las citadas normas del orden penal interno.

Fundamentó su denuncia en que, en el marco de los hechos relatados y considerando que la norma no sancionaba de igual forma las conductas sexuales entre mujeres adultas en privado, se estaban vulnerando además del artículo 17, los artículos 2.1 y 26 al ser discriminado por su *orientación sexual*.

Resolviendo sobre el fondo de la cuestión planteada, el Comité declaró en su dictamen de 4 de abril de 1994 que las leyes nacionales de Tasmania que penalizaban el sexo consensuado entre varones adultos en privado (artículos 122 letras a) y c) y artículo 123 del Código Penal de Tasmania⁸⁷⁶), violaban el derecho a la privacidad del artículo 17 del PIDCP y el principio de la libre

tocaba a contenidos vinculados a la vida de gays, lesbianas y bisexuales en Finlandia por radio y televisión. En el caso la petición fue rechazada por el Comité con la argumentación de que el estado tenía un cierto margen de discreción que le permitía entender justificadas por razones morales dichas restricciones. CCPR/C/15/D/61/1979. Hay que pensar optimista y realísticamente que el criterio en este caso no podría ser mantenido en estos tiempos si se suscitara un caso similar.

⁸⁷⁵ Véase en este capítulo el tema: “La discriminación en el derecho a la privacidad de las relaciones personales”, dentro del tema “Sobre Orientación sexual y jurisprudencia internacional”.

⁸⁷⁶ La Sección 122 del citado Código Penal señalaba: “*Cualquier persona que a) mantenga una relación sexual con otra persona que vaya contra el orden de la naturaleza es culpable de un delito y puede ser acusada de relación sexual antinatural*”. Por su parte, la sección 123 establecía: “*Cualquier varón que, en público o en privado, cometa una agresión indecente contra otra varón u otro acto de indecencia grave consigo mismo o con otro varón cometerá delito de indecencia*”. Al año 1994 Tasmania era el único estado de

determinación sexual de las personas, y también el artículo 2.1, rechazando así una de las argumentaciones centrales del Estado que tenía que ver con que las leyes impugnadas se justifican por motivos de salud pública y de moral, ya que en parte tienen por objeto impedir la propagación del VIH/SIDA en Tasmania, y también porque, en ausencia de cláusulas limitativas específicas en el artículo 17, las cuestiones morales deben considerarse como una cuestión que cada país debe decidir⁸⁷⁷, por estimar que no puede considerarse un medio razonable o una medida proporcionada para lograr el objetivo de impedir la propagación del VIH y del SIDA esa clase de injerencia y que no se ha observado relación entre el mantenimiento de la penalización de las actividades homosexuales y el control eficaz de la difusión del VIH/SIDA⁸⁷⁸ y porque no puede aceptar que, a los fines del artículo 17 del Pacto, las cuestiones de moral constituyan exclusivamente un asunto de preocupación para el país en cuestión, ya que ello permitiría que se eliminase de la lista de asuntos que ha de examinar el Comité un número potencialmente grande de leyes que representan una injerencia en la vida privada⁸⁷⁹.

Sobre la alegada violación también del artículo 26, al estimar que la violación de los artículos 17.1 y 2.1 requerían la revocación de la ley lesiva el Comité consideró no necesario revisar si se había violado o no tal disposición.

Pese a que no entró a pronunciarse sobre este relevante precepto en particular, la decisión de este caso es histórica por la afirmación que hace en orden a que la referencia a la expresión *sexo* que se contiene en las cláusulas de no discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2.1. y 26) debe entenderse como comprensiva de la *orientación sexual*⁸⁸⁰.

La cuestión había sido parte de las alegaciones del Estado⁸⁸¹, sin mostrar una posición determinada sobre si la orientación sexual debía incluirse en la expresión “*otra condición social*” y solicitando asesoramiento al órgano de vigilancia sobre el punto el que, no obstante no entrar al fondo, hizo esta declaración que ha permitido para casos futuros entender que la *orientación sexual* es parte del *sexo* y por tanto materia de protección en cuanto criterio identitario protegido expresamente por el Pacto.

Si bien no me parece correcto desde todos puntos de vista asimilar las expresiones *sexo* y *orientación sexual* por corresponder a diferentes expresiones de lo que es en sí la *sexualidad humana* y porque la expresión “*sexo*” al igual que “*raza*” o “*color*”, que son las que se mencionan expresamente, hacen alusión a criterios de identidad que tienen que ver con lo biológico y ya he dicho largamente que está configurada la *orientación sexual* como una construcción que traspasa lo sólo físico, no es posible negar la trascendencia que tal asimilación provocó en el marco de los

Australia que mantenía la penalización para los actos sexuales realizados por varones adultos de común acuerdo y en privado. Entre 1976 y 1990 los distintos estados del país fueron despenalizando esta conducta la cual se mantuvo en Tasmania hasta la reforma motivada por la denuncia de Toonen ante el Comité de Derechos Humanos.

⁸⁷⁷ Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, párrafo 8.4.

⁸⁷⁸ Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, párrafo 8.5.

⁸⁷⁹ Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, párrafo 8.6.

⁸⁸⁰ Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, párrafo 8.7.

⁸⁸¹ Doc. CCPR/C/50/D/488/1992, párrafos 6.9, 6.10 y 6.11.

remedios jurídicos contra la no discriminación frente a los vacíos de los tratados internacionales en cuanto a la *orientación sexual* como criterio de discriminación expresamente protegido, aunque hay que decir que se perdió la oportunidad, como tantas otra veces en Derecho Internacional, de haber avanzado en un reconocimiento más potente a favor de la situación de los homosexuales.

Con esta decisión el Comité de Derechos Humanos marcó un hito en la lucha contra la discriminación por *orientación sexual* que, con alguna excepción⁸⁸², se ha mantenido hasta estos días. Su observación en orden a que el “*sexo*” incluye la *orientación sexual* se configura así como un modo de prohibir la discriminación por orientación sexual tanto por aplicación del artículo 2.1 del Pacto, como en su relación con otros derechos o intereses no cubiertos por el Pacto por vía del artículo 26, lo que abre la puerta para proteger más allá del ámbito de las solas relaciones privadas y esa esfera de discriminación que afecta a los homosexuales.

En efecto, el criterio fue nuevamente alegado y recogido en el caso *Edward Young con Australia*⁸⁸³, fallado el 18 de septiembre de 2003, en que el Comité recordó en el párrafo 10.4 su jurisprudencia en el caso Toonen en el sentido de que la referencia al “*sexo*” de los artículos 2.1 y 26 del Pacto, incluye la orientación sexual; y recordó también su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual y que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban.

Además “...*el Comité recuerda su jurisprudencia constante de que no toda distinción equivale a la discriminación prohibida por el Pacto, en la medida en que se base en criterios razonables y objetivos*”.

Más recientemente en el caso *X contra Colombia*⁸⁸⁴, decidido el 14 de mayo de 2007, ha existido un pronunciamiento en similar sentido garantista, observando en el párrafo 7.2 que el autor no fue reconocido como compañero permanente del Señor Y, a los efectos de recibir prestaciones de pensión, debido a que las decisiones de los tribunales, basadas en la ley colombiana 54 de 1990,

⁸⁸² El mismo criterio fue invocado en el *Caso Juliet Joslin y otras con Nueva Zelanda*, pero en esta ocasión fue desestimado en decisión del 17 de julio de 2002. Los hechos que motivaron esta decisión fueron la denuncia presentada por dos parejas de lesbianas de Nueva Zelanda (Juliet Joslin y Jennifer Rowan, y Margaret Peral y Lindsay Zelf) quienes habían formado nuevas relaciones de pareja en el marco de las cuales criaban y cuidaban a los hijos habidos de sus anteriores relaciones. Al negárseles el derecho a contraer matrimonio por estimar que la legislación neozelandesa sólo permitía el matrimonio entre personas de diferente sexo alegaron ante el Comité que el estado había violado el artículo 16; el artículo 17 en sí mismo y en conjunto con el 2.1; el artículo 23.1 en conjunto con el 2.1; el artículo 23.2 en conjunto con el 2.1, y el artículo 26. En su decisión el Comité estimó que no había vulneración de ninguna norma del Pacto pues el concepto de matrimonio que contempla el artículo 23 es referido al matrimonio entre un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo, argumentando en el párrafo 8.2 que el artículo 23.2 es la única disposición sustantiva en que se define un derecho, utilizando el término “hombre y mujer” en lugar de “todo ser humano”, “todos” o “todas las personas” lo que supone que la obligación emanada para las partes del Pacto es reconocer como matrimonio únicamente la unión entre un hombre y una mujer que deseen casarse. Pese a este criterio es interesante recordar el voto particular de los miembros del Comité Sr. Rajssoomer Lallah y Sr. Martin Scheinin, quienes compartiendo la interpretación del matrimonio referido en el artículo 23 que formula el Comité recuerdan que la posición oficial del Comité es que la prohibición contra la discriminación por motivos de “*sexo*” en el artículo 26 comprende también la discriminación basada en la orientación sexual. Comunicación 902/1999 Doc. CCPR/C/75/D/902/1999

⁸⁸³ Comunicación 941/2000 Doc. CCPR/C/78/D/941/2000

⁸⁸⁴ Comunicación 1361/2005 Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005

consideraron que el derecho a recibir prestaciones de pensión se circunscribía a quienes forman parte de una unión marital de hecho heterosexual.

El Comité recuerda su jurisprudencia anterior de que la prohibición de la discriminación, en virtud del artículo 26 del Pacto, incluye también la discriminación basada en la orientación sexual. Recuerda igualmente que en comunicaciones anteriores el Comité ha considerado que las diferencias en la obtención de prestaciones entre parejas casadas y parejas no casadas, heterosexuales, eran razonables y objetivas, ya que las parejas en cuestión podían escoger si contraían o no matrimonio con todas las consecuencias que de ello se derivaban.

Hay que hacer notar entonces que estos dos casos relevantes, *Young con Australia* y *X con Colombia*, han versado sobre la misma cuestión: el derecho a obtener pensiones en caso de relaciones homosexuales gays de las cuales se pudieren desprender derechos sobrevivientes para aquel integrante de la pareja que sobrevive al otro, es decir, ya no se han referido sólo a las relaciones privadas y la discriminación en esa esfera sino a otro ámbito en que también los *homosexuales* sufren muchos episodios de discriminación en varios países.

En el caso del 2007 contra Colombia hubo voto particular discrepante de los miembros Abdelfattah Amor (Túnez) y Ahmed Tawfik Khalil (Egipto) en el sentido de entender que la *orientación sexual* no queda comprendida dentro de la expresión “*sexo*” que usa el artículo 26 del PIDCP y que sólo se podría fundar, llegado el caso, en la expresión “*cualquier otra condición social*” a partir de lo cual entienden que la orientación sexual en el marco del artículo 26 sólo puede incluirse a partir de una interpretación razonable del mismo, la cual estima no se hizo en el caso, señalando que el Comité ha ido más allá de la simple interpretación con el fallo puesto que señalan que en el derecho internacional positivo no está consagrado el derecho a la orientación sexual como derecho humano lo cual tiene que ser tenido en cuenta por el órgano al hacer su interpretación del artículo 26, agregan. En la misma línea argumentativa señalan que es esencial subrayar que la interpretación que cabe hacer del artículo 26 se refiere a la no discriminación, y no a la aparición de nuevos derechos cuya vinculación con el Pacto dista de ser evidente, por no decir inexistente en su criterio, habida cuenta del contexto en que el Pacto vio la luz. Luego hacen alusión a que las familias que pueden formar homosexuales no revisten protección bajo la normativa del Pacto por lo cual no es posible desprender para ellos derechos prestacionales que deriven de ese tipo de relaciones, y que sí sería posible analizar la orientación sexual en torno al 26 en lo que toca al artículo 17 y la prohibición de la injerencia en la vida privada. En su concepto, hacer derivar un derecho a prestación social de una unión entre personas del mismo sexo como el caso que los ocupa supone crear nuevos derechos lo que no está permitido ni incumbe al Comité⁸⁸⁵.

A mi modo de ver la posición que manifiestan estos jueces es errada y cerrada por cuanto está resuelto por el propio Comité que el artículo 26 es una norma autónoma, que no necesita ser

⁸⁸⁵ Comunicación 1361/2005 Doc. CCPR/C/89/D/1361/2005

invocada en función a otro derecho, como sería la fórmula por ellos propuesta para salvar de discriminación a la pareja de varones que motiva la queja contra Colombia.

Ser autónoma supone que basta que se acredite que no ha existido una causa objetiva y razonable para dar un trato diferente a alguien en función de cualquier condición, sea el *sexo* (por el tenor literal) o sea la *orientación sexual* (por la condición de cláusula abierta de discriminación) en el ejercicio de cualquier derecho, sea de naturaleza prestacional o no.

Por lo demás, entender que la familia que protege el Pacto es sólo la heterosexual, en el marco del entendimiento de la época en que el tratado vio la luz, parece ser todo menos consecuente con el ánimo a favor de los derechos humanos que debe mover al sistema de Naciones Unidas y, a mi entender, se aparta de las reglas de interpretación de los tratados contenidas en el régimen de Viena de 1969. En efecto, conforme a lo dicho por el mismo Comité en la Observación General N° 19, de 27 de julio de 1990, recaída en la protección de la familia, el derecho al matrimonio y la igualdad de los esposos del artículo 23, el concepto de familia “*puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aun entre regiones dentro de un mismo Estado, de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto*”. Luego agrega que los estados deben proteger a todos los grupos a quienes reconocen el carácter de familia y añade “*...en vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros*” y nunca dice el Comité que la pareja que puede dar origen a una familia tenga que ser heterosexual. Por cierto que hablo acá del concepto de familia y no del de matrimonio que sí, conforme ya lo ha dicho el propio Comité, se ha entendido como el formado por un hombre y una mujer y la referencia de los jueces es a las familias y no a los matrimonios⁸⁸⁶.

De este modo, teniendo en vista lo que dispone el artículo 31.3.c. de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados*, esta Observación General N° 19 debe entenderse como una forma pertinente de derecho internacional aplicable a las relaciones entre las partes del tratado y que debe tenerse en cuenta junto con el contexto a la hora de interpretar el acuerdo.

Asimismo, hay que recordar que la evolución de un tratado de derechos humanos debe ser tomada en cuenta a la hora de su interpretación, en la lógica de que la aplicación de las normas de Viena sobre interpretación de tratados - buena fe, texto, contexto, y objeto y fin, sin olvidar el principio de efectividad o del efecto útil que pueden también ayudar en la interpretación - deben considerarse en el marco de la interpretación propia que han de tener los tratados sobre derechos humanos por su especificidad y que al decir de reconocida doctrina internacionalista - apoyada en un fuerte respaldo jurisprudencial - “son instrumentos vivos, que acompañarán la evolución de los

⁸⁸⁶ Hay que recordar acá que años antes, a propósito del *Caso Juliet Joslin y otras con Nueva Zelanda* el Comité estimó que el concepto de matrimonio que contempla el artículo 23 del PIDCP es referido al matrimonio entre un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo. Comunicación 902/1999 Doc. CCPR/C/75/D/902/1999.

tiempos y del medio social en que se ejercen los derechos protegidos”⁸⁸⁷. Efectivamente no hay que perder de vista que los tratados internacionales de derechos humanos tienen numerosas características que los hacen especiales y provocan que a su respecto no sea posible aplicar del mismo modo las reglas de los tratados netamente interestatales. La noción de garantía colectiva que subyace en ellos y los mecanismos de supervisión propios requieren una interpretación y aplicación que vaya guiada por los valores comunes superiores que abriga⁸⁸⁸.

3.1.2. La inclusión de la *orientación sexual* como una “condición social” y la vinculación con la vulneración de otros derechos.

Tomando de referencia en esta parte como he dicho esencialmente el trabajo jurisprudencial europeo, bastante rico en la materia, resulta útil para partir recordar que la principal norma contra la discriminación en el sistema europeo es el artículo 14 del CEDH⁸⁸⁹ y que hasta el año 2005 en que entra el vigor el Protocolo N° 12 al Convenio, la jurisprudencia sobre no discriminación por *identidad de género y/u orientación sexual* emanada tanto de la Comisión como del Tribunal iba directamente de la mano de la necesaria constatación de que se hubiese vulnerado algún derecho contenido en el Convenio por el carácter de no autónomo que tiene el artículo 14. En ese juego, los artículos mayormente demandados por su vulneración en relación a la *orientación sexual* han sido los artículos 8⁸⁹⁰, sobre derecho al respeto a la vida privada y familiar, y 12⁸⁹¹, sobre derecho a contraer matrimonio, si bien otros también se han invocado en torno a situaciones discriminatorias para homosexuales, como los artículos 10⁸⁹² y 13⁸⁹³ esencialmente, referidos el primero a la libertad de expresión y a la existencia de recursos internos, respectivamente.

⁸⁸⁷ Cancado, A., “La interpretación de Tratados en el Derecho Internacional y la especificidad de los Tratados de Derechos Humanos”, artículo en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner Editores, 2002, p. 768. El profesor Cancado Trindade cita en apoyo de su posición la Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, de la Corte Internacional de Justicia; los casos *Tyler con Reino Unido*, de 1978, *Airey con Irlanda*, de 1979, *Marckx con Bélgica*, de 1979, y *Dudgeon con Reino Unido*, de 1981, de la Corte Europea de Derechos Humanos; y la Opinión Consultiva N° 16, sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, de 1999, y el caso *Cantoral Benavides con Perú*, de 2000, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En todos ellos se vería que “...la interpretación de los dos tribunales internacionales - Cortes Europea e Interamericana - de derechos humanos actualmente existentes no es estática, sino más bien evolutiva, pues, como no podría dejar de ser, toma en cuenta las transformaciones ocurridas en el corpus de la sociedad humana”, p.770.

⁸⁸⁸ Cancado, A., “La interpretación de Tratados en el Derecho Internacional y la especificidad de los Tratados de Derechos Humanos” (cit.) p. 762.

⁸⁸⁹ “El goce de los derechos y libertades reconocidos por el presente convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

⁸⁹⁰ “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

⁸⁹¹ “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁸⁹² “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2 El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del

Como el Protocolo mencionado vino a corregir el tema de la igualdad con una cláusula general de no discriminación, hoy existe la base normativa para reconocer que la no discriminación por cualquier causa puede ser garantizada frente a la violación de cualquier derecho con reconocimiento normativo aún fuera del Pacto.

Antes en todo caso de analizar la jurisprudencia seleccionada por su importancia a favor de las demandas por igualdad de derechos de los grupos homosexuales, bien vale recordar que desde el *Caso del Asunto lingüístico belga*, fallado en 1968, la institucionalidad europea estableció tres criterios a considerar para determinar si había vulneración del artículo 14 en conjunción con otro derecho: debe haber una diferencia de tratamiento entre personas en similar situación; no ha de existir una justificación objetiva y razonable para la diferencia de tratamiento porque no se persigue un fin legítimo, o no ha de existir una razonable relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido⁸⁹⁴.

Sobre la base del estudio en esta parte de lo que he estimado la jurisprudencia más relevante sobre la protección que ha dado el sistema europeo frente a la discriminación por *orientación sexual* amparándose en el carácter abierto del artículo 14, antes y después del Protocolo y además considerando la etapa en que existía la Comisión y el tiempo posterior a la entrada en vigor del Protocolo N° 11, de 1994, que eliminó ésta, puedo concluir que en general el criterio del TEDH ha sido entender que la *orientación sexual* queda comprendida en el artículo 14 como criterio protegido bajo la expresión “o cualquier otra condición” y que frente a éste, una diferencia de tratamiento para que sea permitida requiere especialmente de una justificación objetiva y razonable por formar parte esta *orientación sexual* de lo más íntimo de las personas.

Asimismo, ha entendido claramente que aún más allá de la posible violación del artículo 14 en conjunción con otro derecho - específicamente el derecho a la vida privada - y aún cuando no se alegue vulneración de la garantía de no discriminación, a pesar de que la “vida privada” es un concepto que no se puede definir de forma exhaustiva, la *orientación sexual* sí forma parte de esta vida privada de las personas que debe ser protegida⁸⁹⁵ y en tal sentido el margen de apreciación nacional de los estados cuando intervienen en ella conforme el párrafo 2° del artículo 8 es bastante

delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial”.

⁸⁹³ “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁸⁹⁴ Esta doctrina y criterios han sido reiterados en fallos posteriores. Al respecto veánse como ejemplos *Caso Marckx con Bélgica* (Application no. 6833/74), de 13 de junio de 1979, párrafo 33; *Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali con Reino Unido* (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), de 28 de mayo de 1985, párrafo 72; *Caso Hoffmann con Austria* (Application no. 12875/87), de 23 de junio de 1993, párrafos 31 y 33; *Caso Karlheinz Schmidt con Alemania* (Application no. 13580/88), de 18 de julio de 1994, párrafo 24. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁸⁹⁵ En ese sentido veánse pronunciamientos en el año 2010 en los recientes *Casos S.H. y Otros con Austria* (Application no. 57813/00), de 1 de abril de 2010, párrafo 58 y *Ciubotaru con Moldavia* (Application no. 27138/04), de 27 de abril de 2010, párrafo 49. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010) Antes, ya lo había dicho la Corte en *Caso Peck con Reino Unido* (Application no. 44647/98), de 28 de enero de 2003, párrafo 57; en el *Caso Bensaid con Reino Unido* (Application no. 44599/98), de 6 de febrero de 2001, párrafo 47. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

más restringido que en otros casos, cuestión sobre la que ha debido pronunciarse en reiteradas ocasiones.

Sobre estas bases generales he agrupado la jurisprudencia europea trabajada a partir de los problemas reales de personas homosexuales que se ha buscado llevar al sistema europeo de protección de derechos para buscar solución o reparación. En esa lógica he concluido que hay tres grandes ámbitos esenciales en que este sistema ha debido intervenir: el que tiene que ver con el derecho a la privacidad en las relaciones personales, el que tiene que ver directamente con las relaciones en el ámbito de la familia, y el que tiene que ver con el desarrollo de actividades militares. A ellos incorporo un cuarto apartado en que incluyo situaciones no tan reiteradas pero en que sí ha habido interesantes pronunciamientos.

3.1.2.1. La discriminación en el derecho a la privacidad de las relaciones personales.

La primera vez que el tribunal europeo se vio enfrentado a la consideración de analizar una cuestión relativa a la *orientación sexual* de una persona fue en el *Caso Dudgeon contra Reino Unido*⁸⁹⁶, promovido en 1976 y fallado el 22 de octubre de 1981.

El señor Dudgeon era homosexual y su queja estuvo motivada por las leyes de Irlanda del Norte que consideraban delictuales ciertos actos sexuales consentidos entre varones adultos. En sus alegatos señaló que el estado demandado estaba violando el artículo 8º en relación al artículo 14.

En este caso el Tribunal se pronunció en el sentido que la discriminación de los homosexuales en relaciones consentidas por el derecho penal, va en contra del derecho a la vida privada del artículo 8º del Convenio continental. Con este reconocimiento el sistema europeo se puso a la delantera de otros sistemas protectores al estimar en plena década de los ochenta, que las normas penales de los estados pueden generar discriminación en contra de los homosexuales, considerando que el respeto a la vida privada incluye la vida sexual, que es una manifestación esencialmente privada de la vida de las personas⁸⁹⁷, agregando también que la sexualidad afecta al más íntimo aspecto de la vida privada⁸⁹⁸.

⁸⁹⁶ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁸⁹⁷ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 60.

⁸⁹⁸ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 52. Es conveniente apuntar que una década antes, al iniciar los años setenta, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa consideraba ya la necesidad de garantizar la vida íntima o privada, definiéndola en términos que permitirían hoy y a la luz de los desarrollos sociales, entender plenamente vigente: “*The right to privacy consists essentially in the right to live one's own life with a minimum of interference. It concerns private, family and home life, physical and moral integrity, honour and reputation, avoidance of being placed in a false light, non-revelation of irrelevant and embarrassing facts, unauthorised publication of private photographs, protection against misuse of private communications, protection from disclosure of information given or received by the individual confidentially*”. Doc. Resolution 428 (1970) *containing a declaration on mass communication media and human rights*, 23 de Enero de 1970. Disponible en: <http://assembly.coe.int/Mainf.asp?link=/Documents/AdoptedText/ta70/ERES428.htm> (último acceso: 29 de junio de 2010) Por su parte, el propio TEDH ha dicho que no es necesario una definición exhaustiva de “vida privada”, pese a lo cual debe considerarse que incluye hasta cierto punto el derecho a relacionarse con otros y por tanto no puede considerarse que se trate del derecho a vivir la vida como a cada uno le plazca, excluyendo al resto de una especie de círculo íntimo o interno. *Caso Niemietz con Alemania* (Application no. 13710/88), de 16 de diciembre de 1992, párrafo 29. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

Si bien no llegó a pronunciarse sobre la alegada violación del artículo 14⁸⁹⁹, es interesante ver el desarrollo que hace de los requisitos que debe cumplir la “*injerencia*” a que se refiere el artículo 8° en su párrafo 2° para que no viole el derecho a la privacidad. Debe estar “*prevista por ley*” y ser “*necesaria*” a una sociedad democrática, debiendo atender a un fin legítimo (la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás) requisitos que deben examinarse sucesivamente ya que si uno de ellos no se cumple, la injerencia violaría el derecho consagrado en el mismo artículo.

Sobre el tema el TEDH apunta muy bien en primer lugar que la expresión “*necesaria*” no es un concepto con flexibilidad en este caso como serían otras expresiones como “*útil*”, “*razonable*” o “*deseable*”, sino que implica la existencia de una necesidad social imperiosa para la intervención en cuestión, para luego llegar a referirse a la necesidad de otorgar un margen de apreciación al país, el que en todo caso debe revisar el tribunal y no es idéntico respecto de cada uno de los objetivos que justifican la intervención en el derecho, y debiendo considerarse además la naturaleza de las actividades involucradas. Como en este caso se refiere al aspecto más íntimo de la vida privada, deben existir razones particularmente graves para que las interferencias de la autoridad sean legítimas. Asimismo, el tribunal citó que los principios de tolerancia y amplitud de criterio apuntaban la definición de un derecho en el CEDH y argumentó que la noción de lo que era “*necesario*” en una sociedad democrática sería coherente con un derecho del Convenio sólo cuando guardara proporción con el propósito legítimo perseguido⁹⁰⁰.

El Tribunal citó asimismo una creciente tolerancia del comportamiento homosexual en la gran mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa, apuntando que ya no se consideraba necesario o adecuado penalizar las prácticas homosexuales consentidas. En cuanto a la cuestión de la proporcionalidad, el Tribunal consideró que los efectos perjudiciales que la propia existencia de las disposiciones legislativas en cuestión podría tener en la vida de una persona con una orientación homosexual como la del solicitante pesaban más que las justificaciones para mantener la legislación en vigor sin modificarla. El Tribunal señaló que no se puede negar que, hasta cierto punto, la regulación de la conducta homosexual masculina, como sucede de hecho con otras formas de conducta sexual, por medio del derecho penal, se puede justificar como necesaria en una sociedad democrática. La función global que el derecho penal cumple en esta esfera consiste en mantener el orden público y el decoro y proteger al ciudadano de lo ofensivo o nocivo. Es más, esta necesidad de cierto grado de control se puede extender incluso a los actos consentidos realizados en privado, sobre todo cuando se hace necesario que se ofrezcan suficientes garantías frente a la explotación y la corrupción de los demás⁹⁰¹. Sin embargo, el Tribunal subraya que pese a que los miembros del público que consideran la homosexualidad como inmoral puedan sentirse indignados, ofendidos o

⁸⁹⁹ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafos 64-70.

⁹⁰⁰ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafos 51-53.

⁹⁰¹ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 49.

molestos porque otros realicen actos homosexuales en privado, esto no podrá en sí mismo justificar la aplicación de sanciones penales cuando en dichos actos participen solamente adultos de común acuerdo⁹⁰².

El fallo Dudgeon marca entonces un hito importante en la lucha en sede jurisprudencial de quienes sufren discriminación por *orientación sexual* ya que antes del mismo, la Comisión había rechazado las demandas contra la criminalización de las relaciones homosexuales por los países miembros⁹⁰³.

La doctrina fue reiterada años más tarde en asuntos similares otra vez planteados al TEDH⁹⁰⁴, como fueron los Casos *Norris con Irlanda*⁹⁰⁵, fallado el 26 de octubre 1988; *Modinos con Chipre*⁹⁰⁶, fallado de 22 de abril de 1993; y *ADT con Reino Unido*⁹⁰⁷, fallado el 31 de julio de 2000, encontrando que el tribunal siguió la misma línea argumental frente a casos de homosexuales activistas que alegaban sufrir hostigamiento por las leyes criminales internas que penalizaban sus relaciones adultas y libremente consentidas, estimando que se violaba así su derecho a la privacidad y que no existían las justificaciones suficientes a las injerencias en este derecho a que apelaban los estados.

Al lado de estos grandes avances otro hito marca en 1997 la Comisión Europea de Derechos Humanos al declarar que en Reino Unido la edad legal para consentir relaciones homosexuales era más alta que la edad para relaciones heterosexuales, lo que constituía una discriminación conforme al artículo 14 y en el caso de la mujer era menor (16 años) que en el caso del varón (18 años), con lo cual el estado, con una larga historia de lucha a favor de los derechos de los homosexuales, estaba infringiendo los artículos 8º y 14, dando paso así a la igualación de la edad del consentimiento sexual. El *Caso Sutherland con Reino Unido*⁹⁰⁸ llegó luego a la Corte quien no tuvo la ocasión de pronunciarse sobre el fondo más allá de ratificar lo dicho por la Comisión, ya que el estado demandado reparó la inequidad legislativa promoviendo la modificación de la ley de delitos sexuales en el año 2000 (*Sexual Offences Act*) y reembolsó al denunciante los gastos que le generó promover el sistema europeo por la violación de sus derechos.

Otro fallo determinante por su trascendencia en lo relativo entonces a la edad de consentimiento para relaciones sexuales y eventuales discriminaciones estatales por tal causa ha

⁹⁰² *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 60.

⁹⁰³ Tales fueron los casos por ejemplo de las Decisiones 104/55, de 17 de diciembre de 1955; y 5935/75, de 30 de septiembre de 1975.

⁹⁰⁴ El caso *Dudgeon* también ha sido citado en otras sedes jurisprudenciales como es el caso de la jurisprudencia de los Estados Unidos de América que lo tuvo como antecedente en su emblemático fallo del *Caso Lawrence versus Texas* de 2003, en que reconoció que el estado no puede intervenir en el ámbito de la vida y autonomía sexual de las personas ya que forma parte de su derecho a la privacidad.

⁹⁰⁵ *Caso Norris con Irlanda* (Application no. 10581/83), de 26 de octubre de 1988, párrafos 39 a 47. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁰⁶ *Caso Modinos con Chipre* (Application no. 15070/89), de 22 de abril de 1993, párrafos 20 a 25. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁰⁷ *Caso A.D.T. con Reino Unido* (Application no. 35765/97), de 31 de julio de 2000, párrafos 37 a 39. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁰⁸ *Caso Sutherland con Reino Unido* (Application no. 25186/94), de 27 de marzo de 2001. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

sido el *Caso L. and V. con Austria*⁹⁰⁹, en que la misma cuestión de la penalización de actos homosexuales en privados fue ventilada esta vez en base a lo dispuesto en tal sentido por el Código Penal austríaco que castigaba los actos sexuales entre adultos con adolescentes entre 14 a 18 años, pero no aquellos actos homosexuales entre tales adolescentes, motivo por el cual ambos denunciantes habían sido sujetos de procesos penales en el país y sancionados incluso con penas de reclusión, estimando así ellos que se estaban vulnerando los artículos 8° en relación al 14 al mantener esa legislación penal en el país, la cual fue derogada en el año 2002 luego de una intensa discusión a nivel de los órganos legislativos internos del país que, entre otros aspectos, giró sobre si la homosexualidad era adoptada en la adolescencia o no, lo cual podía justificar el mantenimiento de normas como éstas⁹¹⁰. En este caso el tribunal entró a pronunciarse sobre si existía violación del artículo 14 al estimar que la diferenciación entre relaciones homosexuales y heterosexuales no tenía una causa justificada suficiente que hiciera entonces no pensar en la violación del artículo 14, reiterando la doctrina de la necesidad de causa objetiva y razonable para hacer la distinción, es decir, reafirmando su jurisprudencia en orden a que una diferencia de trato es discriminatoria conforme el artículo 14 cuando carece de justificación objetiva y razonable o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin que persigue, reconociendo no obstante el margen de apreciación que tienen los estados⁹¹¹. Asimismo, estimó que la *orientación sexual* es un concepto que queda incluido como criterio de discriminación en el mismo artículo 14 y que al igual que las discriminaciones por *sexo*, las diferencias sexuales sobre la base de la orientación requieren razones especialmente graves para ser justificadas⁹¹².

3.1.2.2. La discriminación en el ámbito de la familia.

En materias de familia ha habido ciertas cuestiones preferentes que se han alegado ante el tribunal europeo en los últimos años y que dicen directa relación con alegaciones de discriminaciones por *orientación sexual*.

Se trata de la cuestión de la custodia de los hijos por padres o madres *homosexuales*; de la pretendida adopción por individuos que tienen esa *orientación sexual*; del reclamo de prestaciones derivadas de las relaciones familiares de convivencia *homosexuales* o de derechos quedados a consecuencia de la convivencia entre personas del mismo sexo, como la subrogación de alquileres y el pago de pensiones a ex parejas; y del derecho a contraer matrimonio entre personas del mismo *sexo*.

⁹⁰⁹ *Caso L. and V. con Austria* (Applications nos. 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹¹⁰ *Caso L. and V. con Austria* (Applications nos. 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafos 29 al 33.

⁹¹¹ *Caso L. and V. con Austria* (Applications nos. 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 44.

⁹¹² *Caso L. and V. con Austria* (Applications nos. 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 45.

3.1.2.2.1. Sobre custodia de hijos o hijas por homosexuales.

En relación a la primera cuestión un caso emblemático y citado en fallos posteriores⁹¹³ es *Salgueiro de Silva Mouta con Portugal*⁹¹⁴, resuelto en sentencia de 21 de diciembre de 1999, sobre custodia de la hija por un padre confeso de mantener una relación homosexual después de la separación de la cónyuge y madre de la niña, en que el tribunal estimó que la atribución de la patria potestad a la madre por ser el padre homosexual y vivir en pareja con otro hombre, constituía una diferencia de trato que tendía a un fin legítimo, proteger la salud y los derechos de la hija, pero sólo se basaba en la *orientación sexual* del demandante, por lo que era desproporcionada y contraria al artículo 14.

En efecto, en el caso el TEDH declaró que hubo violación del artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio, recordando que en el goce de los derechos y libertades reconocidos en el Convenio, el artículo 14 prohíbe tratar de forma diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentren en situaciones análogas - lo que ya había dicho en la sentencia del *Caso Hoffman contra Austria*⁹¹⁵, de 23 de junio de 1993 - por lo que conviene determinar si el demandante puede quejarse de diferencia de trato, y en caso afirmativo, si ésta estaba justificada.

Así, el Tribunal entró a analizar primero sobre la existencia de una diferencia de trato y segundo sobre la justificación de la diferencia de trato.

Sobre lo primero y ante la negativa del estado, el TEDH concluye que al introducir el elemento de la orientación sexual del demandante, cubierto por el artículo 14 del CEDH, el tribunal portugués incluye una diferencia de trato al conferir la patria potestad a la madre.

Sobre lo segundo, recuerda que conforme a la jurisprudencia de los órganos del *Convenio*, la diferencia de trato será discriminatoria en el sentido del artículo 14 si no tiene una justificación objetiva y razonable, es decir, si no persigue un fin legítimo y si los medios empleados no son razonablemente proporcionales al fin perseguido⁹¹⁶. Agrega que no se puede negar que la sentencia del Tribunal de Apelación persiguiera un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de la niña pero es necesario saber si la segunda condición también se cumple, cuestión sobre la cual la opinión del demandante es que el texto de la sentencia demuestra, con bastante claridad, que la decisión de atribuir la patria potestad a la madre, se basó esencialmente en su orientación sexual, lo que condujo inevitablemente a un trato discriminatorio de éste con respecto a la madre. El Gobierno, por el contrario, señaló que la sentencia sólo se fundó en la homosexualidad del padre de forma marginal ya que las consideraciones del Tribunal de Apelación a las que se refiere el demandante, leídas en

⁹¹³ Véase *Caso L. and V. con Austria* (Applications nos. 39392/98 and 39829/98), de 9 de enero de 2003, párrafo 44.

⁹¹⁴ *Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal* (Application no. 33290/96), de 21 de diciembre de 1999. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹¹⁵ *Caso Hoffman con Austria* (Application no. 12875/87), de 23 de junio de 1993, párrafo 31. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹¹⁶ *Caso Karlheinz Schmidt con Alemania* (Application no. 13580/88), de 18 de julio de 1994, párrafo 24. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

su contexto, son sólo simples constataciones sociológicas, incluso estadísticas y aunque se pueda considerar que algunos pasajes de la sentencia podrían haber sido formulados de otro modo, las declaraciones torpes y desafortunadas no constituyen, en sí mismas, una violación del *Convenio*.

Ante el punto, el Tribunal recuerda haber constatado ya que el Tribunal de Apelación de Lisboa, en el examen del recurso interpuesto por la madre de la niña, introdujo un elemento nuevo con el fin de decidir sobre la atribución de la patria potestad, a saber, la homosexualidad del demandante. Para comprobar si la decisión tomada finalmente constituyó un trato discriminatorio carente de base razonable, conviene averiguar si, tal como sostiene el Gobierno, este elemento nuevo era un simple “*obiter dictum*”, sin incidencia directa en la solución de la cuestión enjuiciada, o si, por el contrario, tenía carácter decisivo, ante lo cual constata que el Tribunal de Familia de Lisboa dictó sentencia tras un período durante el cual el demandante, su ex-esposa, su hija y los abuelos maternos de la niña fueron examinados por expertos en psicología de dicho Tribunal. El Tribunal probó los hechos y tomó su decisión fundándose sobre todo en los informes de los psicólogos.

El Tribunal de Apelación, resolviendo sobre el expediente como única base, apreció los hechos de modo distinto al Tribunal de primera instancia y concedió la patria potestad a la madre. Consideró, en particular, que “un niño de corta edad debe, por norma general, ser confiado a la custodia de la madre, salvo que existan razones de peso para no hacerlo”. El Tribunal de Apelación consideró asimismo que no había motivos suficientes que permitieran retirar a la madre la patria potestad que le había sido confiada por acuerdo de los padres. Sin embargo, el Tribunal de Apelación, tras dicha constatación, añadió: “(...) aunque éste no fuera el caso, creemos que la custodia de la niña, se debe encomendar a la madre”. El Tribunal de Apelación tuvo entonces en consideración el hecho de que el demandante fuera homosexual y viviera con otro hombre para señalar que “la niña debe vivir en el seno (...) de una familia tradicional portuguesa” y que “no es éste el lugar para examinar si la homosexualidad es o no una enfermedad, o si es una orientación sexual hacia personas del mismo sexo. En ambos casos, se está en presencia de una anormalidad y un niño no debe crecer a la sombra de situaciones anormales”.

Así las cosas, en opinión del Tribunal, estos pasajes de la sentencia enjuiciada, lejos de constituir simples formulaciones torpes o desafortunadas, como sostiene el Gobierno, o simples “*obiter dicta*”, hacen pensar, por el contrario, que la homosexualidad del demandante pesó de modo determinante en la decisión final. Esta conclusión está reforzada por el hecho de que el Tribunal de Apelación, al resolver sobre el derecho de visita del demandante, le disuadiera de mantener un comportamiento que permitiera a la niña, en los períodos de visita, comprender que su padre vivía con otro hombre en “condiciones similares a las de los cónyuges”, constatando que en vista de lo que antecede, que el Tribunal de Apelación hizo una distinción llevado por consideraciones relativas a la orientación sexual del demandante, distinción que no se puede tolerar según el *Convenio*, razonamiento que le permite llegar a decidir que no puede concluir con la existencia de

una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido y que, por lo tanto, ha habido violación del artículo 8 en relación al artículo 14⁹¹⁷.

3.1.2.2.2. Sobre adopción de hijos o hijas por homosexuales.

En cuanto a la adopción por personas homosexuales, hay dos casos emblemáticos, ambos seguidos contra Francia, marcando el segundo un cambio de giro en la decisión del órgano jurisdiccional de Estrasburgo.

El *Caso Frette contra Francia*⁹¹⁸, resuelto por sentencia de 26 de mayo de 2002, fue motivado por la negativa a la autorización para adoptar un niño por parte de un homosexual. En su relato a la Corte, el denunciante indica que cuando tuvo la primera entrevista para optar a iniciar el proceso de adopción confesó que era homosexual, momento a partir del cual fue conminado a no continuar con la petición, la cual fue rechazada en todas las instancias internas básicamente por estimarse que su elección de estilo de vida - el *homosexual* - no daba garantías suficientes de que pudiera ofrecer a un niño un hogar adecuado desde una perspectiva psicológica.

El señor Frette alegó que la negativa de la autoridad francesa violaba los artículos 8º en relación al 14, por considerar que si la adopción por personas no casadas estaba permitida en Francia, en su caso la negativa sólo se fundaba en su orientación sexual declarada, la cual es parte de su vida privada.

Al entrar al tema el tribunal volvió sobre las exigencias del artículo 14 respecto de las distinciones que pueden ser discriminatorias, es decir, recordando que una diferenciación es discriminatoria en el sentido del artículo 14 si carece de justificación objetiva y razonable, esto es, si no persigue un fin legítimo o si no hay una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, recordando también que el Convenio es un instrumento vivo, que debe interpretarse a la luz de las condiciones actuales⁹¹⁹. Luego concluyó en que la homosexualidad del solicitante era causa determinante de su recurso, aunque se tuvieran en vista otras circunstancias que eran en verdad secundarias, agregando que es innegable en su opinión que las decisiones de rechazo de la solicitud de aptitud perseguían un fin legítimo: proteger la salud y los derechos de los niños que pueden verse afectados por un proceso de adopción, para lo cual el certificado de aptitud constituye una condición previa, debiendo determinarse si la segunda condición, la existencia de justificación de un trato diferenciado, también se cumple en el caso⁹²⁰.

Para ello el TEDH entra al tema del margen de apreciación, recordando que los estados gozan del mismo para determinar sí, y en que medida, las diferencias entre situaciones, en otros aspectos análogas, justifican una distinción de tratamiento jurídico, variando la amplitud del margen

⁹¹⁷ *Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal* (Application no. 33290/96), de 21 de diciembre de 1999, párrafos 26 al 36.

⁹¹⁸ *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹¹⁹ *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafo 34.

⁹²⁰ *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 38 y 39.

de apreciación según las circunstancias, el ámbito y el contexto, pudiendo la presencia o la ausencia de un denominador común a los sistemas jurídicos de los Estados contratantes ser un factor admisible a este respecto. Luego toma una serie de argumentos referidos a la no existencia de un común denominador en este campo ni de principios uniformes sobre esta materia, aunque los estados en su mayoría no excluyan expresamente la adopción por homosexuales cuando ésta está abierta a los solteros, para concluir que es el estado el que está en contacto con las fuerzas vivas del país y por tanto las autoridades nacionales están en principio mejor situadas que un tribunal internacional para evaluar la sensibilidad y el contexto social⁹²¹.

Sobre dichas bases y estimando que concurren los intereses del demandante y de los niños que pueden ser adoptados, a más de lo escasos y divididos que están los informes de la comunidad científica sobre el tema y las profundas divergencias de la opinión pública nacional e internacional, señala que las autoridades nacionales han podido legítima y razonablemente considerar que el derecho de poder adoptar del demandante, tenía como límite el interés de los potenciales niños susceptibles de ser adoptados, a pesar de lo legítimo de su aspiración y sin que se cuestionara su opción personal. Como conclusión el TEDH señaló en este caso que si se tiene en cuenta el gran margen de apreciación que se deja a los estados y la necesidad de proteger la supremacía del interés del menor para alcanzar el equilibrio deseado, el rechazo del certificado de aptitud no vulneró el principio de proporcionalidad y en resumen, la justificación que ofrece el Gobierno parece objetiva y razonable y la diferencia de trato indiscriminada no es discriminatoria en el sentido del artículo 14 del Convenio⁹²².

Años más tarde, en 2008, el *Caso E.B. con Francia*⁹²³ volvió a traer los mismos hechos de *Frette* pero en relación ahora a una mujer lesbiana, en que nuevamente el asunto tuvo que ver con la capacidad e idoneidad de los homosexuales para adoptar, pero en que la decisión final fue en un sentido diverso adoptándose este cambio por 10 votos contra 7, con 4 votos particulares disidentes y 1 voto concurrente, lo cual es el reflejo de la complejidad del tema y de los cambios obrados desde el *Caso Frette*, que se decidió por la negativa a la violación del artículo 14 en conjunción con el 8º por 4 votos contra 3, contando también con sendos votos parcialmente concurrentes

Los hechos que motivaron esta importante causa se remontan al año 1998 en que una ciudadana francesa que a esa época mantenía una relación con otra mujer, solicitó la autorización administrativa que le reconociera la idoneidad para adoptar, sobre la base del artículo 343-1 del Código Civil francés, que permite adoptar tanto a matrimonios como a personas solteras. Frente a la petición los servicios sociales franceses hicieron las investigaciones previstas, entre ellas, varias entrevistas con un psicólogo. Finalizado el período de comprobación de idoneidad, el Presidente del Consejo de Familia del departamento en que vivía la solicitante rechazó la concesión de

⁹²¹ *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 40 y 41.

⁹²² *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafos 42 y 43.

⁹²³ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

autorización sobre las bases que se reproducen en la sentencia⁹²⁴: que la solicitante presentaba una laguna en el papel de la figura paterna y que esto podía afectar al desarrollo del niño; y que la pareja de la solicitante no parecía involucrada, aunque no se oponía al plan de la solicitante.

Ante esta resolución la afectada interpuso un recurso ante el tribunal administrativo respectivo, iniciándose el procedimiento de impugnación interno que terminó con la sentencia de la máxima instancia de la justicia administrativa francesa, el Consejo de Estado, que confirmó definitivamente la decisión del Consejo de Familia, como da cuenta la sentencia del TEDH⁹²⁵.

Agotados entonces los recursos la solicitante interpuso una demanda contra Francia ante el tribunal europeo alegando la violación del artículo 8º en conexión con el 14 del Convenio por haber sido discriminada en su solicitud sólo por su *orientación sexual*, sin alegar sobre un pretendido “derecho a adoptar” el cual así concebido se reconoce que no existe⁹²⁶. En lo medular la defensa del Estado pretendió desmarcarse del *Caso Frette*, esto es, apelando a los intereses de los niños y sólo considerando dos motivos: la falta de un referente paterno, y la ambivalencia del compromiso de la pareja del solicitante respecto de los planes de adopción⁹²⁷.

En su decisión, que fue favorable a la peticionaria como he adelantado, el órgano europeo de derechos humanos se preguntó si las autoridades francesas habían discriminado a la demandante al no autorizarla a adoptar por ser *homosexual*, causa de exclusión que no está prevista en la legislación francesa pero recordando que la *orientación sexual* si está cubierta por el CEDH⁹²⁸.

Evidentemente este es un caso donde la teoría del margen de apreciación nacional ha sido clave en el entendimiento que hace la Corte, especialmente cuando concluye que si la legislación francesa permite la adopción a personas solteras, la objeción de tener una laguna en la figura paterna haría imposible el derecho que el propio código civil entrega a los solteros. El TEDH entonces sostiene que esto no es más que un obstáculo buscado para impedir que la solicitante pudiera adoptar sin decir expresamente que la causa era su homosexualidad y su vida en pareja⁹²⁹.

Es importante apuntar que para llegar a su conclusión favorable a la demandante, el tribunal va recordando en el fallo lo que ha dicho sobre el contenido que tiene la “vida privada” y como aplica a esta situación pues se incluye en él la posibilidad de establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos⁹³⁰; los requisitos que deben cumplir las distinciones para no ser discriminatorias⁹³¹ y, en relación al margen de apreciación nacional, apela como en otros casos a que el CEDH es un instrumento vivo⁹³².

⁹²⁴ *Caso Frette con Francia* (Application no. 36515/97), de 26 de febrero de 2002, párrafo 17.

⁹²⁵ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 21 a 25.

⁹²⁶ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 35.

⁹²⁷ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 37 a 39.

⁹²⁸ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 50.

⁹²⁹ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafos 89 y 94.

⁹³⁰ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 43.

⁹³¹ *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 91.

⁹³² *Caso EB con Francia* (Application no. 43546/02), de 22 de enero de 2008, párrafo 92.

Así las cosas, llega a entender configurada por el estado la violación del artículo 14 en relación al artículo 8°, ordenando el pago de una indemnización por daño moral, además de las costas judiciales, en una decisión que a sólo un par de años de su adopción ha venido a cambiar las expectativas del mundo LGTB en materia de adopción. Hay que indicar en todo caso que si bien sienta jurisprudencia, no se trata de la “validación” de la adopción por homosexuales en Francia o en otro estado, sino de la consagración de que la *orientación sexual* no puede ser tomada en cuenta de forma determinante y única a la hora de decidir sobre ella. Como consecuencia del fallo hay que decir sí que sólo en noviembre de 2009 la recurrente EB obtuvo el reconocimiento en su país para adoptar, en lo que se puede ver como una reacción de la autoridad francesa respectiva en orden a no cumplir con lo señalado por el tribunal de derechos humanos de forma inmediata y voluntaria, bajo la premisa del cumplimiento de las sentencias dictadas por tribunales internacionales y la responsabilidad internacional de los estados por hechos ilícitos.

3.1.2.2.3. Sobre derechos derivados de convivencias homosexuales.

Como señalé al iniciar este apartado, es también un aspecto que se relaciona con el ámbito de la familia el de las situaciones sobre el reclamo de prestaciones derivadas de las relaciones familiares de convivencia *homosexuales*.

En este ámbito material se encuentra el *Caso Karner con Austria*⁹³³, fallado en julio de 2003, sobre transmisión del arrendamiento cuando fallece uno de los miembros de la pareja o, dicho de otro modo, sobre el derecho de habitación para pareja sobreviviente del mismo sexo.

El demandante alegó que el no reconocimiento por parte de las altas autoridades nacionales de su derecho a suceder tras la muerte de su pareja, era una discriminación efectuada sólo por su orientación sexual, con lo cual se violaba el artículo 14 en su relación con el 8°.

El reclamante y su pareja habían tenido una relación de convivencia familiar de años, bajo la cual habían compartido los gatos del hogar común y que había terminado cuando su compañero de vida murió de Sida en 1994. Pese a que las instancias inferiores le habían dado razón en su derecho a mantener el arriendo tras la muerte de la pareja, la autoridad superior austriaca acogió el planteamiento del arrendador en orden a que la ley que establecía ese derecho no consideraba incluir parejas homosexuales.

Hay que mencionar que durante la tramitación ante el órgano europeo el denunciante murió y su madre renunció a los derechos respectivos de tenencia en el marco de esta causa en la que estaban interviniendo asociaciones defensoras de los derechos de parejas LGTB, representadas por el destacado jurista Robert Wintemute. El Estado intentó que la Corte la sacara de su lista de causas pendientes pero el tribunal consideró que había que tener en cuenta el objeto y fin de todo el sistema

⁹³³ *Caso Karner con Austria* (Application no. 40016/98), de 24 de julio de 2003. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

para decidir sobre ese punto, y sobre esa base y a pesar de reconocer que el CEDH no otorga una acción popular y quien lo promueve debe considerarse víctima, recordó que las decisiones de la Corte no sólo sirven para resolver los casos concretos sino que en general sirven para salvaguardar y desarrollar las normas del Convenio, contribuyendo así a la observancia de los compromisos asumidos por los estados partes. Como el objeto del juicio - la diferencia de trato de los homosexuales en lo que respecta a la sucesión de contratos de arrendamiento en virtud de la legislación austríaca - era un tema de interés para varios estados, decidió continuar conociendo para ayudar en el establecimiento de los estándares de protección de la Convención⁹³⁴.

Entrando al fondo del asunto, el Estado argumentó en su defensa que la diferenciación tenía una causa objetiva y proporcionada - cual era la defensa de la familia tradicional - ya que el Tribunal entró como en otros casos vinculados a homosexuales, a la determinación de la causa de la diferenciación formulada por razón de orientación sexual, señalando que las diferencias basadas en la orientación sexual requieren razones particularmente serias para ser justificadas y que en esa óptica la causa argumentaba a nivel estatal no era justificada⁹³⁵.

Ahora bien, más allá de este caso del 2003, en los últimos años tres casos se han suscitado sobre este punto con diverso resultado. Dos referidos al tema de los alquileres y uno fallado recién en septiembre de 2010, relativo al pago de pensiones por relaciones de pareja anteriores.

En 2009 en el *Caso Korelc con Eslovenia*⁹³⁶, resuelto el 12 de mayo de ese año, el Tribunal no acogió la petición en relación a derecho a suceder en el alquiler al titular fallecido, argumentando haber vivido en lo que la ley eslovena de vivienda llamaba “comunidad de vida de larga duración” y que habilitaba para no ser desalojado, lo cual se le había negado en la instancia nacional por estimar que se trataba sólo de una comunidad de tipo económico al no existir la diferencia de sexo requerida en la otra figura para entenderla configurada.

En este caso el tribunal no entró a referirse a la vida privada del autor de la petición pues él invocó en relación al artículo 8° lo que en la versión oficial en inglés es “*the right to respect for...his home...*” señalando que en ese ámbito del artículo había sido discriminado en conjunción así con el artículo 14. Haciendo recuerdo de su doctrina sobre cuando una discriminación puede ser permitida (cuando tiene causa objetiva y razonable) el sentenciador desestimó la petición considerando que en este caso no se había discriminado por orientación sexual al negar la petición, sino que se había estimado que no se cumplía con las condiciones de la figura extramatrimonial que confería ese derecho al sobreviviente. Me parece un buen razonamiento ya que el no cumplir los requisitos para acceder a un beneficio - en este caso haber mantenido una unión que no fuera sólo

⁹³⁴ *Caso Karner con Austria* (Application no. 40016/98), de 24 de julio de 2003, párrafos 20-28. La decisión en este punto tuvo un Voto disidente en el Juez Grabenwarter, quien estimó que no se trataba de un caso que ameritara seguir siendo conocido más allá de la muerte del demandante.

⁹³⁵ *Caso Karner con Austria* (Application no. 40016/98), de 24 de julio de 2003, párrafos 37-43.

⁹³⁶ *Caso Korelc con Eslovenia* (Application no. 28456/03), de 12 de mayo de 2009. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

económica - la discriminación de los homosexuales en tantos ámbitos no puede servir para un enriquecimiento sin causa.

En 2010 se resolvió el *Caso Kozak con Polonia*⁹³⁷, por fallo de 2 de marzo, cuyos hechos son similares a los del caso *Caso Karner con Austria*, alegándose por el demandante la violación de los artículos 8º y 14 del CEDH tras no haberse reconocido el derecho a continuar la tenencia tras la muerte del conviviente homosexual. Los matices se producen con el caso austriaco en todo caso a partir de las defensas del Estado, vinculadas al no cumplimiento de parte del denunciante de los requisitos para continuar la tenencia que no decían razón con el hecho de tratarse de una convivencia de tipo homosexual.

En esta situación el Tribunal consideró por la unanimidad de los siete jueces que resolvieron que el rechazo de los tribunales polacos a las demandas del señor Piotr Kozak violaba los artículos ya citados. En su razonamiento, el sentenciador reconoce que la protección de la familia, tal y como la entiende la Constitución de Polonia, esto es, basada en la unión entre un hombre y una mujer, constituye en principio un motivo que podría justificar una diferencia de trato, pero en razón de que no existe una única manera de establecer relaciones entre los individuos, y en base a los derechos que se deben reconocer a minorías sexuales, no considera admisible que dicho argumento pueda ser aplicado para negar la subrogación de un alquiler entre los miembros de una pareja homosexual⁹³⁸.

Si bien la línea argumental va en consonancia con las reclamaciones por este tipo de temas que se han formulado desde el mundo LGTB en el sistema europeo, hay aquí ya una señal en orden a reconocer un margen de apreciación a los estados en materia de matrimonio, cuestión a la que iré más adelante.

El fallo más reciente de un Tribunal a propósito de la discriminación por orientación sexual en este ámbito específico que se liga a los asuntos de familia corresponde al *Caso J.M. con Reino Unido*⁹³⁹, resuelto el 28 de septiembre de 2010, en que el sentenciador europeo estimó que el estado discriminaba en razón de su *orientación sexual* a una mujer lesbiana quien no pudo acceder a una rebaja de la pensión de alimentos justamente por esta razón.

La reclamante, individualizada con las iniciales J.M. pagaba para los dos hijos habidos de su matrimonio heterosexual una pensión de alimentos. Al iniciar ella una nueva relación, quiso beneficiarse de la normativa interna del estado que permitía la rebaja en esos casos. Sin embargo, ella le fue negada por estimar el estado británico que la nueva relación de la solicitante - relación de tipo homosexual - no daba el derecho a la reducción solicitada. El razonamiento fue que esa convivencia de pareja con alguien del mismo sexo no podía ser equiparada a una forma de vida

⁹³⁷ *Caso Kozak con Polonia* (Application no. 13102/02), de 2 de marzo de 2010. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹³⁸ *Caso Kozak con Polonia* (Application no. 13102/02), de 2 de marzo de 2010, párrafo 99.

⁹³⁹ *Caso J.M. con Reino Unido* (Application no. 37060/06), de 28 de septiembre de 2010. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=2&portal=hbkm&action=html&highlight=J.M.&sessionId=60431071&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de octubre de 2010)

familiar para tales efectos y había que aplicar además la norma anterior al año 2004, época en que se suprimió la diferencia de tratamiento entre parejas homosexuales y heterosexuales.

El TEDH razonó en este caso haciendo especial énfasis en que cuando se trata de una discriminación por orientación sexual, el Estado debe presentar razones particularmente graves y convincentes para justificar una diferencia de trato, dando por acreditada la alegación de la mujer y ordenando al estado pagar una suma por el daño moral sufrido.

3.1.2.2.4. Sobre matrimonio entre homosexuales.

Finalizando esta parte me refiero al cuarto tema que he considerado dentro de este ámbito de discriminaciones en el marco de la familia como es lo relacionado al derecho de homosexuales a contraer matrimonio.

Acá debo hacer mención sin duda a una de las más recientes sentencias del TEDH en materia de alegatos de discriminación por *homosexualidad*, y que justamente toca a este derecho a contraer matrimonio, estimada como otra de las cuestiones relevantes en el ámbito de la familia según ya he explicado y que ha venido a atenuar en buena medida el camino de logros que en otros ámbitos han cosechado los grupos LGTB ante el sistema europeo de protección de derechos, particularmente los homosexuales.

Se trata del *Caso Schalk and Kopf con Austria*⁹⁴⁰, fallado el 24 de junio de 2010 y en que Estrasburgo ha dicho que no se violan los artículos 8° y 14 del CEDH cuando un estado - en este caso Austria al momento de iniciarse el juicio - no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

En síntesis, lo que hace Estrasburgo es decirle al mundo que la *Convención Europea de Derechos Humanos* no obliga a los estados a garantizar el matrimonio a las parejas del mismo sexo.

Los demandantes, Horst Michael Schalk y Johann Franz Kopf, son dos austriacos nacidos en 1962 y 1960 respectivamente, que vivían en Viena, formando entre sí una pareja del mismo sexo. En septiembre de 2002 solicitaron autorización para contraer matrimonio la cual fue negada por el municipio de Viena bajo la razón de que el matrimonio sólo se podía celebrar entre personas de sexo opuesto. Ellos reclamaron ante las instancias superiores del estado, alegando que esa imposibilidad violaba su derecho a la vida privada y a la no discriminación, particularmente porque la noción de matrimonio ha evolucionado desde la entrada en vigor del Código Civil del país y así, en concreto, la paternidad y la educación de hijos no forma ya parte esencial de la institución sino que esta debe percibirse como una unión permanente que abarca todos los aspectos de la vida, no existiendo ninguna justificación entonces para negar el derecho sobre todo porque, agregaron, el mismo tribunal europeo ha dicho que las distinciones fundadas en la orientación sexual requieren

⁹⁴⁰ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010. Disponible en: [http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AUSTRIA&sessionid=56116158&skin=](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AUSTRIA&sessionid=56116158&skin=hudoc-en)
[hudoc-en](http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AUSTRIA&sessionid=56116158&skin=hudoc-en) (último acceso: 29 de junio de 2010)

razones muy justificadas para ser admisibles, y porque otros estados europeos permiten este matrimonio y han modificado sus legislaciones en este sentido, produciéndose también una discriminación en el goce del derecho de propiedad ya que si uno fallece, el otro no tendrá la misma protección legal que se reconoce al cónyuge sobreviviente⁹⁴¹.

La Corte Constitucional rechazó el reclamo en el año 2003 argumentando que ni la Constitución austriaca ni el Convenio Europeo establecen que el concepto de matrimonio deba extenderse a relaciones diferentes a aquellas que permiten la paternidad y que la protección de las relaciones entre personas del mismo sexo no da lugar a una obligación de cambiar la ley sobre matrimonio.

El tema llegó así al TEDH que se vio enfrentado en el 2010 a resolver un tema pendiente hasta esta fecha en el ámbito jurisdiccional y que se veía inmerso en la serie de reformas legislativas de la última década que han ido reconociendo el espectro de derechos en pareja a homosexuales, sea permitiéndoles el matrimonio, sea estableciendo marcos regulatorios adecuados a la especificidad de sus relaciones y la posibilidad de registrar sus uniones.

En esa línea y como el 1º de enero de 2010 entró en vigor en Austria la “Registered Partnership Act” (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*) que otorga a las parejas del mismo sexo un mecanismo formal de registro, reconociendo derechos a esas relaciones, el Estado alegó que la causa debía darse por resuelta y salir de la lista del TEDH, petición desestimada por Estrasburgo por cuanto esa nueva normativa les daba a las parejas del mismo sexo un estatus similar o comparable al de las parejas unidas por matrimonio, pero no permitía el acceso al matrimonio que era lo que ellos alegaban⁹⁴².

En su sentencia el tribunal recuerda buena parte de la doctrina que ha ido sentando en los últimos años en cuanto a derechos de personas homosexuales en diversos aspectos⁹⁴³, reiterando dos de las ideas matrices de sus pronunciamientos a favor de tales personas y que estimo ya no pueden admitir discusión en adelante: que las relaciones entre personas del mismo sexo entran en el concepto de “vida privada” que está protegido por el artículo 8º del Convenio⁹⁴⁴, y que toda distinción por razón de orientación sexual debe estar muy justificada en razones de peso aunque se permite un margen de apreciación a los estados en ciertos casos⁹⁴⁵.

Ahora bien, pese a estas reiteraciones del todo relevantes para las causas LGTB, el Tribunal estima que no es indiscutible en cambio el que estas relaciones entren en el concepto de “vida familiar” y es en ese sentido que en síntesis, no llega hasta entender que el CEDH contenga el derecho de las personas del mismo sexo a contraer matrimonio, pues indica que el artículo 12 del mismo sólo otorga este derecho a las parejas de diferente sexo; es decir, el matrimonio a que se refiere el tratado europeo es entre un hombre y una mujer y en ese sentido es que afirma que la

⁹⁴¹ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 11 y 12.

⁹⁴² *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 36 y 37.

⁹⁴³ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 87.

⁹⁴⁴ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 90.

⁹⁴⁵ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 97.

Convención Europea de Derechos Humanos no obliga a los estados a garantizar el matrimonio a las parejas del mismo sexo puesto que en este ámbito no ha operado una evolución uniforme entre los estados. Si bien el Tribunal reconoce la evolución de la idea de “vida familiar” del Convenio, con una tendencia al reconocimiento jurídico de parejas estables del mismo sexo, se trata de una parcela en que aún gozan los estados de un amplio margen de apreciación para decidir⁹⁴⁶.

En el marco de esta histórica decisión del año 2010, una mención merece a mi modo de ver la opinión concurrente de los Jueces Malinverni y Kovler que apuntan a algo que me parece sumamente relevante a la hora de precisar los alcances entre las distintas situaciones que pueden afectar a una persona por su *sexualidad* y su derecho al matrimonio. Junto con dar su conformidad con la decisión del sentenciador europeo, indica esta opinión los puntos en que no puede estar de acuerdo para llegar a la conclusión adoptada.

En primer lugar y antes que todo, se encarga esta opinión de precisar que no puede compartir el juicio de que en forma aislada el artículo 12 del Convenio europeo podría entenderse que no se opone al matrimonio entre dos hombres o entre dos mujeres, como da cuenta la sentencia⁹⁴⁷, fundándose en que conforme las reglas de interpretación de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* no es posible más que entender que el único matrimonio permitido es el que se pueda producir entre un hombre y una mujer y el hecho de que algunos estados europeos - cinco para ser precisos - lo permitan no puede considerarse suficiente para alterar esa regla ni ninguna de las que establece el sistema de Viena, como el del sentido literal.

Luego, y en lo que me parece que debe destacarse, indica que si bien se ha reconocido al Convenio como un instrumento vivo y se ha considerado la evolución social y los cambios que ha ido experimentando la institución del matrimonio - citando entre otros el *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* al que me referiré luego - ello no puede hacer olvidar la propia jurisprudencia de la Corte en el sentido de que no puede el tribunal en base a una interpretación evolutiva incluir un derecho que no se incluyó desde el principio.

En segundo término, esta opinión concurrente se manifiesta contraria a lo dicho por la sentencia en orden a traer como argumento el artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que deliberadamente no usa las expresiones “hombre” y “mujer” en esta materia⁹⁴⁸ para pretender tal vez que el artículo 12 del CEDH pudiera extenderse a personas del mismo sexo, indicando que no hay que olvidar que ese mismo artículo 9 deja a salvo la cuestión

⁹⁴⁶ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafos 90 a 92.

⁹⁴⁷ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 55. “55. *The applicants argued that the wording did not necessarily imply that a man could only marry a woman and vice versa. The Court observes that, looked at in isolation, the wording of Article 12 might be interpreted so as not to exclude the marriage between two men or two women. However, in contrast, all other substantive Articles of the Convention grant rights and freedoms to “everyone” or state that “no one” is to be subjected to certain types of prohibited treatment. The choice of wording in Article 12 must thus be regarded as deliberate. Moreover, regard must be had to the historical context in which the Convention was adopted. In the 1950s marriage was clearly understood in the traditional sense of being a union between partners of different sex.*”

⁹⁴⁸ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010, párrafo 61. “*Regard being had to Article 9 of the Charter, therefore, the Court would no longer consider that the right to marry enshrined in Article 12 must in all circumstances be limited to marriage between two persons of the opposite sex. Consequently, it cannot be said that Article 12 is inapplicable to the applicants’ complaint. However, as matters stand, the question whether or not to allow same-sex marriage is left to regulation by the national law of the Contracting State.*”

sobre la base de lo que dispongan los ordenamientos nacionales y hace acá la acotación que me parece relevante para la claridad conceptual que el Derecho Internacional requiere en estos temas. Señala que si bien en el caso *Goodwin con Reino Unido* se hizo referencia a esa norma no se trata de lo mismo pues lo que se tuvo en cuenta a la hora de la elegibilidad para el matrimonio fue el sexo del solicitante anterior a su reasignación de sexo que lo llevó justamente a vivir como alguien del sexo opuesto, queriendo contraer matrimonio con alguien diferente y no del mismo sexo. “*It is true that the Court has already referred to Article 9 of the Charter in the Christine Goodwin judgment... However, in that case the Court considered whether the fact that domestic law took into account, for the purposes of eligibility for marriage, the sex registered at birth, and not the sex acquired following gender reassignment surgery, was a limitation impairing the very essence of the right to marry. After her operation, the applicant lived as a woman and wished to marry a man. The case did not therefore concern marriage between persons of the same sex*”⁹⁴⁹.

Comparto este razonamiento y en general el del sentenciador pues a diferencia de lo que puede ocurrir con otros conceptos - como la moral o las buenas costumbres - el matrimonio es un concepto de contornos definidos en la mayoría de las legislaciones del mundo que lo conciben como la unión entre un hombre y una mujer y en tal sentido y vista la realidad del panorama en la materia al año 2010, si bien se observa una tendencia hacia estados que van reconociendo el llamado “matrimonio gay” ésta claramente no es aún una tendencia consolidada, existiendo enormes focos de polarización en el tema, motivados por los mismos antecedentes que se suelen ventilar cuando se trata de hablar de manera abierta sobre cualquier otro aspecto de la *sexualidad humana*: el discurso de la religión, el discurso de los valores y la moral, el discurso político. En base a esta realidad no es posible presumir que exista un consenso para que el margen de apreciación ceda en esta materia. Cada estado es, hoy por hoy, el que mejor sabe y puede palpar su realidad interna y así las cosas, mal se podría sentir discriminada una persona si no puede acceder a un estatuto jurídico que no existe en el estado bajo cuya jurisdicción está.

Esta opinión no significa en caso alguno desconocer los matices que se presentan en este ámbito de la familia y las discriminaciones que allí pueden producirse. Claramente los efectos patrimoniales de las uniones estables entre personas del mismo sexo deben contar a mi entender con un adecuado marco regulatorio en condiciones de igualdad y sin que la opción sexual se convierta en razón preferente para negar este marco normativo. Algo similar se puede decir de la noción actual de familia. Cuando las leyes internas y el propio derecho internacional garantizan protección a la familia, hay que entenderla de las muchas formas en que hoy se presenta en las sociedades y no sólo como aquella que se funda en un matrimonio heterosexual. El matrimonio es, sin embargo, una institución respecto de la cual cada sociedad tendrá que entrar a discutir sobre sus contornos precisos. Al año 2010 no hay frente a la institución del matrimonio el consenso que sí por ejemplo se observa a la hora de entender que la idea de familia es una que abarca mucho más que las solas

⁹⁴⁹ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010.

relaciones entre un hombre y una mujer, unidos por ese contrato (o “vínculo sagrado” para algunos) llamado matrimonio y que tiene para muchos como fin principal la procreación.

3.1.2.3. La discriminación en la actividad militar.

El caso *Caso Smith & Grady con Reino Unido*⁹⁵⁰, resuelto en una sentencia de 27 de septiembre de 1999, marca la importancia en cuestiones sobre *orientación sexual* de la mayor o menor amplitud del margen de apreciación nacional.

En este caso los denunciantes - una mujer lesbiana y un hombre gay - se quejaron de que las investigaciones sobre su homosexualidad y su baja de la Real Fuerza Aérea por la sola razón de ser homosexuales constituían violación del artículo 8º por si solo y también en relación con el artículo 14. Asimismo, se invocó la violación de los artículos 3º y 10, por si mismos y en conjunción con el artículo 14 en relación con la política del Ministerio de Defensa contra los homosexuales en las fuerzas armadas, las investigaciones consecuentes y las bajas. Por último, se argumentó la infracción del artículo 13 por no contar con un recurso adecuado para hacer frente a estas alegadas vulneraciones.

En lo que más interesa a este trabajo, el fallo fue determinante en sentar que algunas injerencias a los derechos pueden permitirse si ellas satisfacen de manera suficiente los requerimientos del párrafo 2 del artículo 8 y al reiterar - recordando el *Caso Dudgeon* - que la *orientación sexual* es una manifestación esencialmente privada de la personalidad humana⁹⁵¹.

En el *Caso Lustig Prean y Beckett con Reino Unido*⁹⁵², fallado el mismo día también en 1999, el Tribunal consideró que la prohibición de los homosexuales en las fuerzas armadas era una vulneración del artículo 14.

En esta decisión se puso énfasis en que las actitudes negativas por parte de una mayoría heterosexual en contra de una minoría homosexual no pueden constituir una justificación suficiente, no más que actitudes negativas similares contra quienes son diferentes por raza, sexo, origen o color.

Estos fallos han sido determinantes para marcar un avance significativo en el uso del concepto de “vida privada” como destinado a proteger la *orientación sexual* de las personas no sólo en su círculo cercano y de la vida íntima, sino para abordar también los aspectos de la vida privada que se relacionan con la profesión, el trabajo o la actividad comercial de las personas en sus relaciones sociales y en consonancia con fallos anteriores en que se había referido al contenido de la “vida privada”, señalando que sería muy restrictivo limitar la noción de un “círculo íntimo” donde

⁹⁵⁰ *Caso Smith and Grady con Reino Unido* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96), de 27 de septiembre de 1999. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵¹ *Caso Smith and Grady con Reino Unido* (Applications nos. 33985/96 and 33986/96), de 27 de septiembre de 1999, párrafo 127.

⁹⁵² *Caso Lustig-Prean and Beckett con Reino Unido* (Applications nos. 31417/96 and 32377/96), de 27 de septiembre de 1999. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

la persona pueda vivir su propia vida personal a su elección y excluirse por completo del mundo exterior no comprendido dentro de ese círculo, debiendo abarcar el respeto a la intimidad personal también en cierta medida el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos⁹⁵³.

Hay que mencionar que en esta materia la jurisprudencia de Estrasburgo ha tenido eco en el mundo británico que, como se puede apreciar fácilmente al tener en cuenta los fallos que he ido explicando, ha sido muy sancionado por discriminar homosexuales en el ámbito de la actividad militar. Prueba de ello son los casos *Caso Brown con Reino Unido*⁹⁵⁴, fallado el 29 de julio de 2003, y el *Caso Hunt and Miller con Reino Unido*⁹⁵⁵, fallado el 23 de junio de 2009, ambos referidos a homosexuales ingleses miembros de las fuerzas armadas, en que se llegó a un arreglo y se terminó conforme el artículo 37 del CEDH en razón del pago efectuado por el gobierno británico⁹⁵⁶.

3.1.2.4. La discriminación en otros ámbitos.

Aquí se pueden agrupar distintas situaciones en que se ha llegado a promover el sistema europeo frente a prácticas de los ordenamientos nacionales estimadas vulneratorias de otros derechos para personas *homosexuales*, es decir, personas que se asumen *gays* o *lesbianas*.

Las principales que se encuentran al analizar la jurisprudencia de Estrasburgo en la materia se refieren a cuestiones que tienen que ver con la salud. Mención especial me parece el caso referido a la negativa a autorizar la “Marcha por la Igualdad” en Varsovia y su relación con el derecho de reunión y de asociación⁹⁵⁷.

En lo que toca al primer tema me interesa destacar lo que tiene que ver con la vinculación de la homosexualidad y la salud específicamente a partir de los hechos promovidos en el *Caso Laskey*,

⁹⁵³ Véase por ejemplo *Caso Niemitz con Alemania* (Applications no. 13710/88), de 16 de diciembre de 1992, párrafo 29. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵⁴ *Caso Brown con Reino Unido* (Application no. 52770/99), de 29 de julio de 2003. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵⁵ *Caso Hunt and Miller con Reino Unido* (Applications nos. 10578/05 and 10605/05), de 23 de junio de 2009. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵⁶ Otro caso en este ámbito de la actividad militar por parte de homosexuales es el llamado *Caso Stavros Marango con Chipre* (Application no. 12846/05), 4 de diciembre de 2008 en que en todo caso se alegó la violación del artículo 6° sobre el derecho a un proceso equitativo y la falta de asistencia letrada, siendo desechada por los jueces europeos y no el artículo 14 en relación con el 8°. En efecto, acá el tema central no fue la alegada discriminación por su orientación sexual al momento en que tenía que haber efectuado el servicio militar en su país, sino el procedimiento seguido a partir de la denegación de ciertos beneficios para los que se necesitaba justamente haber hecho el servicio militar que él no realizó por su condición de homosexual. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵⁷ En el marco de la garantía a los derechos sociales en el sistema europeo, el Comité Europeo de Derechos Sociales no se ha quedado atrás a la hora de reconocer la discriminación que sufren los homosexuales. En un caso relativo al derecho a la educación sexual declaró que los Estados partes de la *Carta Social Europea* están obligados a proporcionar una base científica y no discriminatoria a la educación sexual de los y las jóvenes, que no implique censurar, ocultar o desvirtuar intencionalmente la información, incluida la relativa a la contracepción. El Comité recomendó que tal educación se proporcione durante todo el período de escolaridad, afirmando que la educación en salud sexual y reproductiva debe ser destinada a desarrollar la capacidad de los niños, las niñas y los jóvenes a comprender su sexualidad en su dimensión biológica y cultural, con el fin de que puedan tomar decisiones responsables respecto de comportamientos de salud sexual y reproductiva. En su decisión y en lo que me interesa destacar acá, el Comité considera que los Estados tienen la obligación de asegurar que los programas de educación sexual no refuerzan los estereotipos ni favorezcan los prejuicios respecto de la orientación sexual. Comité Europeo de Derechos Sociales International Center for the Legal Protection of Human Rights (INTERIGHTS) con Croacia, demanda núm. 45/2007. Disponible en http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/Complaints/Complaints_en.asp (último acceso: 17 de octubre de 2010)

*Jaggard y Brown con Reino Unido*⁹⁵⁸, en que el tribunal señaló ya en 1997 que las prácticas sexuales sadomasoquistas, aunque entre adultos y consentidas, pueden ser declaradas ilegales por razones de salud.

Los hechos se promovieron a partir de haber encontrado cintas de videos de los solicitantes en que se explicitaban conductas sadomasoquistas de tipo homosexual, como malos tratos en lo genitales, por ejemplo, con cera caliente o papel lija, y varios otros actos de similar naturaleza que dejaban rastros de lesión en los cuerpos, las que había sido realizadas de forma consentida y en privado por los involucrados al parecer con el único fin de obtener gratificación sexual pero sin que las imágenes reflejaran que se produjeron lesiones permanentes o que necesitaban atención médica. Las cintas habían sido grabadas por los participantes en este grupo y para el único fin de ser distribuidas entre ellos. En mérito de estos hechos, los tres requirentes habían sido condenados conforme la ley penal británica a penas de prisión.

En su alegato sobre la violación del artículo 8° argumentaron a su favor que tales prácticas eran parte de su sexualidad y por tanto, debían quedar protegidas por la “vida privada” de dicha disposición y que en ese sentido había una interferencia de la ley que la contrariaba conforme el inciso 2° puesto que fueron realizadas entre adultos, los efectos fueron controlados, no hubo testigos y tampoco secuelas médicas que necesitaran atención⁹⁵⁹.

Frente a ello, el TEDH si bien ratificó que la sexualidad y la *orientación sexual* entran en el ámbito de la vida privada, señaló que era cuestionable si estas prácticas y el hecho de que involucraran tantas personas y fueran filmadas cabían o no en la “vida privada” pero cómo ello no fue alegado, sólo entró a la determinación si esa injerencia era acorde a “las necesidades de una sociedad democrática” dando espacio entonces a la doctrina del margen de apreciación nacional de los estados, señalando que si bien no es el mismo en cada caso en esta situación, la existencia de un grado importante de lesiones que no pueden estimarse insignificantes, hacen de este un caso diferentes a otros que involucran conductas homosexuales entre adultos y en privado, estimando en síntesis que las medidas adoptados por el estado no infringían el artículo 8°.

El segundo caso que ya he anunciado para este apartado es el conocido como *Caso Baczkowski y otros con Polonia*⁹⁶⁰ que bien se puede decir se enmarca en un contexto de país hostil - si se me permite la palabra - hacia las reivindicaciones de grupos LGBT⁹⁶¹ y da lugar a sus reclamos en función de otros derechos violentados en su ejercicio justamente con razón de esta especial preferencia sexual.

⁹⁵⁸ *Caso Laskey, Jaggard y Brown con Reino Unido* (Applications no. 21627/93, 21826/93 y 21974/93), de 19 de febrero de 1997. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁵⁹ *Caso Laskey, Jaggard y Brown con Reino Unido* (Applications no. 21627/93, 21826/93 y 21974/93), de 19 de febrero de 1997, párrafo 38.

⁹⁶⁰ *Caso Baczkowski y Otros con. Polonia* (Application no. 1543/06), de 3 de mayo de 2007. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁶¹ Véase sobre este punto el revelador informe que contiene el “Resumen preparado por la Oficina del Alto Comisionado para los derechos humanos con arreglo al párrafo 15 c) del anexo de la Resolución 5/1 del Consejo de Derechos Humanos”, respecto de Polonia, que da cuenta de las denuncias que se han formulado contra este país en relación a la falta de respeto de derechos de la comunidad LGTB en diversos ámbitos. Doc. NU A/HRC/WG.6/1/POL/3, de 11 de marzo de 2008.

En simples términos, la causa fue motivada por la negativa de las autoridades polacas a autorizar la conocida “Marcha por la Igualdad” en Varsovia sin que se estableciera un procedimiento para revertir dicha decisión, con lo cual se afectó la libertad de reunión y de asociación por un lado, y el derecho a un recurso efectivo por el otro.

Los hechos se remontan a la petición de un grupo de individuos y de la “Fundación para la Igualdad”, para realizar una marcha que alertara a la opinión pública sobre la discriminación contra minorías, entre ellas las minorías sexuales, así como también contra las mujeres y discapacitados. Si bien se autorizaron varias marchas en las mismas fechas, por ejemplo una llamada “Against adoption of children by homosexual couples”, ésta fue rechazada. En concreto, los demandantes alegaron que su libertad de reunión y de asociación del artículo 11 del CEDH⁹⁶² había sido violada por la forma en que las autoridades nacionales aplicaron la legislación interna en su caso, así como también entendían violado el artículo 13⁹⁶³ al no tener a su disposición un procedimiento que les hubiese permitido tener una decisión antes de las fechas indicadas para las marchas, alegando también la violación del artículo 14 en relación al artículo 11, por haber sido tratados de manera discriminatoria lo que habían dejado claro las autoridades locales al señalar que se prohibirían las manifestaciones que tuvieran que ver con homosexualidad.

En este caso, resuelto en el año 2007, la Corte acogió todas las violaciones alegadas por los demandantes, lo cual es nada menor si se tiene cierta conciencia de que los derechos a la libertad de expresión, y a la reunión pacífica y asociación para poder ejercerla son cruciales para el activismo LGBT, debiendo garantizarse en un verdadero sistema democrático que todos los ciudadanos puedan participar y además si se tiene presente que en la evolución actual de la libertad de expresión, el acceso a información debe entenderse indispensable para ejercerla.

En el *Caso Baczkowski*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos describió el alcance del derecho a la participación democrática por medio de la reunión y la asociación del siguiente modo: *“Un respeto auténtico y efectivo de la libertad de asociación y reunión no se puede reducir a un mero deber de no injerencia por parte del Estado; una concepción puramente negativa no sería compatible con el propósito del Artículo 11, así como tampoco con aquel del Convenio en general. Es así como pueden existir obligaciones positivas que garanticen el disfrute efectivo de estas libertades [...]. Esta obligación reviste especial importancia para las personas que tienen opiniones impopulares o que pertenecen a minorías, puesto que están más expuestas ser victimizadas”*⁹⁶⁴.

⁹⁶² “1 Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses. 2 El ejercicio de estos derechos no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

⁹⁶³ “Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados, tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁹⁶⁴ *Caso Baczkowski y Otros con. Polonia* (Application no. 1543/06), de 3 de mayo de 2007, párrafo 64.

Como se ha dicho, se trataba de eventos dirigidos a fomentar la tolerancia y protestar contra la discriminación de las personas LGBT, entre otros grupos. Si bien las autoridades nacionales superiores revirtieron la decisión tomada por el tribunal de primera instancia y la criticaron por su escasa justificación e infringir la legislación aplicable, se trató de una decisión pronunciada después de las fechas previstas para la celebración de la marcha, con lo cual al realizarla los demandantes habían corrido un riesgo en atención a que la prohibición oficial estaba vigente en ese momento.

El TEDH señaló que la negativa a autorizar la marcha y las manifestaciones podría haber tenido un efecto escalofriante en los manifestantes y podría haber desalentado a otras personas de participar en razón de que no contaban con una autorización oficial y, en consecuencia, las autoridades no podían garantizar la protección oficial frente a posibles manifestaciones hostiles. El Tribunal consideró asimismo que cuando las manifestaciones tuvieron lugar, los solicitantes se vieron afectados negativamente por el rechazo a autorizarlas. Los recursos a su disposición no podrían haber mejorado su situación, puesto que en los procesos de apelación se dictaron las decisiones pertinentes después de la fecha de las manifestaciones. Se produjo entonces una injerencia en los derechos de los solicitantes garantizados en el Artículo 11 del Convenio Europeo, no prescrita en la ley⁹⁶⁵.

A la hora de emitir pronunciamiento sobre la alegada violación del artículo 14, el Tribunal decidió que en la evaluación del caso no podía pasar por alto las contundentes opiniones personales expresadas públicamente por el alcalde en relación con cuestiones directamente pertinentes a las decisiones sobre el ejercicio de la libertad de reunión. Observó que las autoridades municipales habían adoptado las decisiones en cuestión actuando en nombre del alcalde después de que éste diera a conocer al público sus opiniones sobre el ejercicio de la libertad de reunión y la “propaganda de la homosexualidad” y así se determinó entonces la existencia de una violación de la disposición del artículo 14, en conjunción con el Artículo 11⁹⁶⁶.

3.2. Sobre *Identidad de Género* y *jurisprudencia internacional*.

En el caso de los *transsexuales*, es decir, en lo que toca a las cuestiones de *identidad de género*, hay que partir por afirmar que resulta posible afirmar hoy que el TEDH entiende que toda la cuestión de la determinación de la identidad sexual y de género forma parte de la “vida privada” de las personas, al mismo modo que lo ha entendido en relación a las preferencias sexuales⁹⁶⁷.

⁹⁶⁵ *Caso Bączkowski y Otros con. Polonia* (Application no. 1543/06), de 3 de mayo de 2007, párrafos 67-69.

⁹⁶⁶ *Caso Bączkowski y Otros con. Polonia* (Application no. 1543/06), de 3 de mayo de 2007, párrafos 100 y 101.

⁹⁶⁷ En ese sentido véanse pronunciamientos en el año 2010 en los *Casos S.H. y Otros con Austria* (Application no. 57813/00), de 1 de abril de 2010, párrafo 58 y *Ciubotaru con Moldavia* (Application no. 27138/04), de 27 de abril de 2010, párrafo 49. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010) y los juicios emitidos sobre este punto en los *Casos Peck con Reino Unido* (Application no. 44647/98), de 28 de enero de 2003, párrafo 57; *Perry con Reino Unido* (Application no. 63737/00), de 17 de julio de 2003, párrafo 36; *Pretty con Reino Unido* (Application no. 2346/02), de 29 de abril de 2002, párrafo 61; y *Bensaid con Reino Unido* (Application no. 44599/98), de 6 de febrero de 2001, párrafo 47. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

Sobre la base de este reconocimiento lo que se observa es una serie de reclamos en que personas que sienten *disforia de género* han estimado que sus derechos han sido vulnerados en materias o ámbitos específicos, especialmente en lo que toca a sus relaciones personales de tipo familiar.

En ese orden es posible adelantar como conclusión a lo que se expondrá que ha habido una evolución notoria y notable de los criterios del sentenciador europeo en las cuestiones que tienen que ver con esta manifestación de la vida sexual de las personas, marcándose en el año 2002 con los *Casos I.*⁹⁶⁸ y *Christine Goodwin*⁹⁶⁹ con Reino Unido, un paso que para las reivindicaciones del mundo *trans* ha sido hacia adelante como se explicará en los próximos apartados, en uno de los aspectos que sin duda es de los más complejos de abordar por los estados en lo que tiene que ver con la *sexualidad humana* y que se ha empezado a ver más como cuestión de derechos y desde la óptica social y legal que desde la perspectiva médico-psicológica⁹⁷⁰.

Antes de entrar a presentar los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, debo aclarar que no se encuentra en el sistema protector del PIDCP ni en el sistema interamericano, jurisprudencia relevante sobre el tema que permita extraer de ella ideas trascendentales como las que arroja el sistema europeo en este ámbito por lo que nuevamente el análisis jurisprudencial se hace desde los desarrollos que muestra en esta materia el sistema europeo de protección de derechos.

3.2.1. La discriminación de los transgéneros en el derecho a la privacidad y las relaciones personales y familiares.

Así como la preferencia sexual ha sido estimada por la jurisprudencia europea como integrante de la vida privada que protege el artículo 8°, lo mismo ha ocurrido respecto de la determinación del *sexo* y del *género* de una persona, donde el ámbito en que se han ventilado la mayoría de los asuntos que han llegado al TEDH tiene que ver con la cuestión principal del derecho a contraer matrimonio por el artículo 12, aplicado a situaciones de *transexuales*, o al derecho a formar familia por parte de estas personas, y no directamente y siempre invocando la norma de no

⁹⁶⁸ *Caso I. con Reino Unido* (Application no. 25680/94), de 11 de julio de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁶⁹ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁷⁰ Un avance en esta línea ha sido el Documento de Trabajo temático “*Human Rights and Gender Identity*”, ya mencionado en otro apartado de este capítulo, preparado por el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa para el período 2006-2012, Thomas Hammarberg, presentado en Copenhague, Dinamarca, en julio de 2009 y que declara que la patologización de las personas trans puede convertirse en un obstáculo en el cumplimiento de sus derechos humanos. El documento concluye con un catálogo de 12 recomendaciones dirigidas a los estados miembros del Consejo de Europa. La 8va. de estas recomendaciones es “Involucrar y consultar a las personas trans y sus organizaciones en el desarrollo y la implementación de medidas políticas y legales que les conciernen” la cual ha sido cumplida por el propio Comisario Hammarberg quien invitó a activistas europeos para hablar sobre la situación de las personas trans en ese continente. Documento disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> (último acceso: 3 de agosto de 2009)

discriminación, si bien se trata de decisiones jurisdiccionales relevantes porque alojan al final situaciones de exclusión o limitación de los *transexuales* en el goce de algunos derechos.

Precisado esto, hay que decir que en torno a la primera de las materias indicadas - el derecho al matrimonio - se pueden distinguir dos etapas en el desarrollo jurisprudencial europeo.

Una primera tendencia, cronológicamente hasta alrededor de fines de los años noventa, fue la negativa a la opción de alterar la imposibilidad en algunos ordenamientos nacionales para que los *transexuales* pudieran contraer matrimonio luego de sus procesos de reasignación de sexo, dada en todo caso en el marco de entendimiento de que la *transexualidad* entra en el ámbito de la vida privada de tales personas.

Una segunda línea que arranca a inicios de la década del 2000 ha dado pie a la aceptación de la idea lógica de que si un estado acepta modificar el sexo registral de una persona, debe aceptar que ésta pueda contraer matrimonio con alguien que tiene su mismo sexo cromosómico pero diferente desde la vivencia del género y por cierto del registro, y ello en el entendido que el matrimonio que reconoce el *Convenio Europeo* es aquel que supone diferencia de *sexo* que es lo que habría en estos casos (a diferencia del tema de los matrimonios entre homosexuales, ya tratado)

El *Caso Van Oosterwijk con Bélgica*⁹⁷¹, fallado en sentencia de 6 de noviembre de 1980, fue la primera ocasión para que el TEDH entrara a esta temática a partir de la reclamación de un varón transexual que había recibido tratamiento hormonal y cirugía para la reasignación, quien reclamó por la negativa a inscribir en el Registro Civil su cambio de sexo y contra la consecuencia derivada de la imposibilidad de contraer matrimonio, alegando entonces por la violación de los artículos 8° y 12, y además por el artículo 3° al estimar el peticionario que en su caso había una “muerte civil” que constituía un trato inhumano y degradante. A pesar de lo interesante y vanguardista del tema para aquellos años, en este caso el TEDH no entró a la sustancia del asunto por entender que no se habían agotado los recursos internos por lo cual no se pudo conocer cual habría sido su postura de fondo frente a esta presentación.

Con posterioridad a este temprano reclamo, ante el TEDH han llegado algunos casos relevantes relativos a cuestiones que afectan a *transgéneros*.

Las primeras veces que se planteó esta cuestión ante este tribunal con éxito fue en los Casos *Rees con Reino Unido*⁹⁷², y *Cossey con Reino Unido*⁹⁷³, fallados el 17 de octubre de 1986 y el 27 de septiembre de 1990, respectivamente.

De ambos se puede decir como cuestión general que el sentenciador consideró a la transexualidad en el ámbito de la vida privada protegida por el artículo 8°.1 del CEDH, y se dio por entendida la conexión entre el supuesto derecho al reconocimiento de la transexualidad y el derecho

⁹⁷¹ *Caso Van Oosterwijk con Bélgica* (Application no. 7654/76), de 6 de noviembre de 1980. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁷² *Caso Rees con Reino Unido* (Application no. 9532/81), de 17 de octubre de 1986. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁷³ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

de este artículo, si bien reconoce que las obligaciones positivas del estado surgidas del artículo 8° no pueden llegar tan lejos, como para condenar al estado por no realizar este reconocimiento con efectos retroactivos; por ejemplo, modificando las actas de nacimiento.

El *Caso Rees con Reino Unido* es además ilustrativo de la complejidad del tema pues hubo discrepancia en los dos órganos que en ese tiempo integraban el sistema europeo.

Así, la negativa de las autoridades británicas a borrar de la partida de nacimiento de un transexual convertido en varón la referencia a su sexo original de mujer y cambiar entonces su sexo registral a pesar de haberse efectuado el tratamiento hormonal y quirúrgico, con todas las consecuencias negativas que ello significaba para la vida del interesado - incluido el tema del matrimonio - fue unánimemente considerada por la Comisión como una violación del derecho al respeto de la vida privada, mientras que el TEDH se pronunció por unanimidad en su sentencia en sentido contrario.

En efecto, en forma unánime el tribunal europeo rechazó la posibilidad de reconocer el matrimonio a los transexuales. El hombre transexual inscrito como mujer, alegó vulneración del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del CEDH por la negativa de la autoridad nacional, pero el sentenciador entendió que este derecho se refería sólo al matrimonio tradicional entre personas de opuesto sexo biológico rescatando que la finalidad era proteger el matrimonio en cuanto fundamento de la familia, por lo que la legislación nacional de Reino Unido prohibiendo el matrimonio entre personas que no fueran de sexo opuesto no afectaba el artículo 12. La Corte dijo *“Transsexualism is not a new condition, but its particular features have been identified and examined only fairly recently. The developments that have taken place in consequence of these studies have been largely promoted by experts in the medical and scientific fields who have drawn attention to the considerable problems experienced by the individuals concerned and found it possible to alleviate them by means of medical and surgical treatment. The term ‘transsexual’ is usually applied to those who, whilst belonging physically to one sex, feel convinced that they belong to the other; they often seek to achieve a more integrated, unambiguous identity by undergoing medical treatment and surgical operations to adapt their physical characteristics to their psychological nature. Transsexuals who have been operated upon thus form a fairly well-defined and identifiable group”*⁹⁷⁴.

En *Cossey con Reino Unido* mantuvo la línea argumental pero esta vez la decisión no fue unánime, sino obtenida por 14 votos contra 4, ratificando la idea de la importancia de lo biológico en la hora de determinar quienes podían contraer el matrimonio del artículo 12. Pese a que el Tribunal fue consciente de que algunos estados partes pudieran eventualmente reconocer el matrimonio en estas circunstancias, estimó que ello no podía significar una puerta abierta para una

⁹⁷⁴ *Caso Rees con Reino Unido* (Application no. 9532/81), de 17 de octubre de 1986, párrafo 38.

nueva comprensión del citado artículo, insistiendo en los criterios biológicos a la hora de determinar la diferencia de sexo de las personas que pueden contraerlo⁹⁷⁵.

En cuanto al derecho a la privacidad, si bien no estimó violado el artículo 8° por 10 votos contra 8, sí reiteró una idea ya vertida en el asunto anterior en orden a reconocer los problemas y angustias que enfrentan y sufren los transexuales y que debían estudiarse las medidas legales en ese ámbito⁹⁷⁶.

Lo relevante de este caso no es la reiteración de la doctrina *Rees* sino la pérdida de la unanimidad y la emergencia de votos disidentes, que de alguna manera anunciaron el giro que daría el tema de las discriminaciones en las relaciones familiares de los transexuales al amparo del sistema europeo. En especial merecen una referencia los votos particulares de los jueces Martens y de Palm, Foighel y Pekkanen.

El juez holandés S.K. Martens se manifestó partidario de modificar la línea jurisprudencial seguida hasta ese momento, entendiendo que si bien los hechos eran los mismos que en *Rees* el fallo en ese caso había sido equivocado o al menos las actuales condiciones ameritaban una decisión diferente⁹⁷⁷. En su entender lo que se buscaba con el fallo era un completo reconocimiento legal de la identidad sexual nuevamente adquirida, agregando argumentos ligados a la dignidad y libertad humanas a partir de las cuales una persona puede formar su destino. En algo que me parece del todo relevante, el juez da cuenta en su fundado y detallado voto que la transexualidad es un tema de derechos humanos: *“The principle which is basic in human rights and which underlies the various specific rights spelled out in the Convention is respect for human dignity and human freedom. Human dignity and human freedom imply that a man should be free to shape himself and his fate in the way that he deems best fits his personality. A transsexual does use those very fundamental rights. He is prepared to shape himself and his fate. In doing so he goes through long, dangerous and painful medical treatment to have his sexual organs, as far as is humanly feasible, adapted to the sex he is convinced he belongs to. After these ordeals, as a post-operative transsexual, he turns to the law and asks it to recognize the fait accompli he has created. He demands to be recognised and to be treated by the law as a member of the sex he has won; he demands to be treated without discrimination, on the same footing as all other females or, as the case may be, males”*⁹⁷⁸, agregando más adelante su firme convicción de que la Corte fracasó en su vocación de ser el protector del último recurso de las personas oprimidas⁹⁷⁹ y que se trata de un ámbito en que el tribunal no puede dar espacio libre al margen de apreciación nacional, estimando que hay vía

⁹⁷⁵ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, párrafo 43.

⁹⁷⁶ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, párrafo 42.

⁹⁷⁷ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 1.

⁹⁷⁸ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 2.7.

⁹⁷⁹ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 3.6.4.

amplia para los estados⁹⁸⁰. Su voto está además lleno de planteamientos novedosos para la época en torno a lo que es en realidad el sexo y su determinación al momento de establecer que el matrimonio ha de ser entre un hombre y una mujer y las formas de familia en los tiempos modernos⁹⁸¹; y de lo que supone esta institución como base de la familia, contrariando aquella idea de que el matrimonio tiene que ver necesariamente con la capacidad de un coito heterosexual o con la capacidad de procrear, entendiéndola como una institución que crea lazos y vínculos que van más allá de lo sexual⁹⁸².

Por su parte, el Voto particular de Palm, Foighel y Pekkanen, se orienta hacia la consideración de los cambios significativos en la opinión pública de cara al reconocimiento del transexualismo, los que debían ser considerados con miras a una interpretación dinámica del Convenio, en el entendido que si bien cuando se redactó el artículo 12 del Convenio se estaba pensando en un hombre y una mujer, como personas pertenecientes a sexos biológicos opuestos, no se podían desconocer tales cambios en el momento actual y también considerando que la imposibilidad de procrear no debe ser impedimento para que alguien acceda al matrimonio si así lo desea⁹⁸³.

Como se aprecia, en este caso las consideraciones van más por la línea sociológica si se quiere que por la línea que considera la dignidad humana y la posibilidad de cada persona de agenciar su vida, óptica ésta última que me parece más relevante aún cuando aquella no debe ser desechada, habida cuenta sobre todo de la necesidad de que el Derecho se adecue a la realidad que va a normar. De ahí la razón de haber traído acá estos interesantes votos particulares.

Unos años después a los *Casos Rees y Cossey*, se ventiló ante el TEDH el conocido *Caso B. con Francia*⁹⁸⁴, resuelto por sentencia del 25 de marzo de 1992, y en que varió levemente el planteamiento de tales casos con Reino Unido.

En esta oportunidad se trató de una mujer transexual que deseaba casarse con su compañero varón y que argumentaba padecer muchos problemas en el día a día, como en la búsqueda de empleo o en el contenido de sus diferentes documentos de identidad, pero sólo se planteó ante la Corte la violación del artículo 8 pues la Comisión había rechazado la alegación sobre el artículo 12 por falta de agotamiento de los recursos, estimando los jueces que la recurrente estaba cotidianamente en una situación incompatible con el respeto debido a su vida privada y que incluso teniendo en cuenta la existencia de un margen nacional de apreciación, se produce una ruptura del

⁹⁸⁰ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 3.6.5.

⁹⁸¹ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 4.4.3.

⁹⁸² *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafos 4.4.1 y 4.5.2.

⁹⁸³ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judges Palm, Foighel and Pekannen, párrafo 5.

⁹⁸⁴ *Caso B con Francia* (Application no. 13343/87), de 25 de marzo de 1992. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

justo equilibrio entre el interés general y los del individuo, dejando en todo caso a Francia en libertad para elegir los medios apropiados para remediar estas situaciones⁹⁸⁵.

En su tiempo generó mucha controversia en el propio tribunal por creer que iba contra lo que se estimaba era una jurisprudencia consolidada del mismo, dando lugar a votos particulares concurrentes y disidentes, de los cuales haré una mención al voto disidente de los jueces Matscher, Pinheiro Farinha, Pettiti, Valticos, Loizou y Morenilla, que corresponden a los 6 votos de minorías en la adopción de la sentencia, y que argumentaban su opinión esencialmente sobre la base de que los estados gozan de un amplio margen de apreciación nacional. Particular interés merece lo que considero la errada posición del juez Pinheiro Farinha, que por lo demás contradice la idea de la interpretación evolutiva y dinámica que han de tener los tratados de derechos humanos cuando plantea que el Convenio no contempla un derecho al cambio de sexo o de inscripción civil y no puede el tribunal venir a imponerlos a los estados⁹⁸⁶.

Unos años después, el TEDH se vio enfrentado otra vez al tema del derecho al matrimonio garantizado en el artículo 12, en el *Caso Sheffield y Horsham contra Reino Unido*⁹⁸⁷, cuya sentencia es de 30 de julio de 1998. El caso envuelve también el tema del derecho al matrimonio del artículo 12 con la gran diferencia en cuanto a los hechos, en razón de que una de las solicitantes - mujer transexual - había sido padre antes del cambio de sexo.

En este caso, si bien no estimó violado ni los artículos 8º y 14, ni el 12, el tribunal volvió a recordar que el derecho a contraer matrimonio del artículo 12 hace referencia al matrimonio tradicional entre personas de opuesto sexo biológico, y que la expresión de la norma “...según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho” otorga un margen de discreción a las legislaciones estatales de los estados miembros, en la medida que las restricciones impuestas por las mismas no restringieran o redujeran el derecho a contraer matrimonio, alterándolo en su esencia y entendiendo que en el caso la normativa británica no estaba en esa situación.

También acá hubo discrepancia reflejada en votos disidentes y concurrentes de los jueces, siendo el más relevante entre los primeros a efectos de los reclamos de minorías sexuales el del Juez Van Dijk⁹⁸⁸, compartido a través de una declaración por el Juez Wildhaber. Entre los segundos hubo posiciones conservadoras, como la de los Jueces Meyer, Valticos y Morenilla, que cito acá porque ponen de manifiesto la complejidad del tema y cómo las concepciones valóricas de cada quien condicionan el cómo se mire esta cuestión⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ *Caso B con Francia* (Application no. 13343/87), de 25 de marzo de 1992, párrafo 63.

⁹⁸⁶ *Caso B con Francia* (Application no. 13343/87), de 25 de marzo de 1992, Dissenting Opinion of Judge Pinheiro Farinha, párrafos 2 y 3.

⁹⁸⁷ *Caso Sheffield y Horsham con Reino Unido* (Application no. (31-32/1997/815-816/1018-1019), de 30 de julio de 1998. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁸⁸ *Caso Sheffield y Horsham con Reino Unido* (Application no. (31-32/1997/815-816/1018-1019), de 30 de julio de 1998. Dissenting Opinion of Judge Van Dijk.

⁹⁸⁹ *Caso Sheffield y Horsham con Reino Unido* (Application no. (31-32/1997/815-816/1018-1019), de 30 de julio de 1998. Dissenting Opinion of Judges Meyer, Valticos and Morenilla.

El punto de inflexión en este ámbito del derecho de los transexuales al matrimonio y el inicio de la segunda línea argumental que antes anuncié, lo marcan las sentencias de los *Casos I*.⁹⁹⁰ y *Christine Goodwin*⁹⁹¹ con Reino Unido, ambas de 11 de julio de 2002, en que se produce un cambio de enfoque en la materia y el TEDH deja de lado la excesiva ampliación del margen de apreciación nacional, estableciendo que el estado ya no puede seguir alegando este margen en la materia y que ningún factor importante de interés público se opone al interés particular de la recurrente de obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual.

Acá el TEDH se enfrentó en efecto nuevamente a la situación de que, al no reconocer jurídicamente el cambio de sexo, el estado británico estaba violando el artículo 8°, haciendo con ello caso omiso de su deber de garantizar a las transexuales ese derecho y también el artículo 12, negándole a una persona transexual el derecho al matrimonio. Repitiendo en buena medida su línea argumental de los casos anteriores, opta ahora sí por reconocer que se han violado tales artículos.

Como bien trae a colación un autora⁹⁹², en definidas cuentas lo que hace el tribunal es sancionar la hipocresía por la que algunos estados consienten en operaciones de cambio de sexo, incluso a veces con cargo al presupuesto público, otorgando tratamiento psicológico y hormonal a quienes padecen esta situación para luego negarse a aceptar las consecuencias jurídicas que entraña el cambio de sexo, como son el corregir el dato del sexo en todos los documentos de identificación personal, incluso el acta de nacimiento, y la aceptación de su derecho a casarse y fundar una familia con alguien del sexo opuesto al que el transexual siente como propio.

Sin duda por la complejidad que esto supone y los revuelos que se sabía iba a causar - y causó - el cambio jurisprudencial, el tribunal se encargó de reforzar la idea del Convenio como un instrumento vivo, que debe adaptarse a las situaciones y circunstancias específicas de cada tiempo histórico, considerando que es el tiempo en que se está empezando a producir un consenso europeo en torno a reconocer favorablemente todas las consecuencias de la transexualidad⁹⁹³. El fallo fue unánime y propone entonces esta interpretación dinámica y evolutiva del Convenio Europeo, que permite analizar el tema al amparo de la situación actual⁹⁹⁴, lo cual incluso exige el sacrificio de una parte de los intereses generales, reconociendo todos los problemas que el nuevo género puede provocar socialmente⁹⁹⁵.

Lo que parece relevante de este caso es que el Tribunal no da un giro sobre su concepción del matrimonio del artículo 12 y el que este deba ser entre personas de sexo opuesto, tema relevante para la cuestión de la *homosexualidad* como se ha apuntado en más de una ocasión en este trabajo, sino en torno a la comprensión del *sexo*, abriéndose a otras construcciones en torno al mismo;

⁹⁹⁰ *Caso I. con Reino Unido* (Application no. 25680/94), de 11 de julio de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁹¹ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁹² Sanz, S., *A propósito de las sentencia Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH*, Revista Española de Derecho Internacional, vol. LV, 2003 (I), p.308.

⁹⁹³ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002, párrafo 74.

⁹⁹⁴ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002, párrafos 74 y 75.

⁹⁹⁵ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002, párrafo 91.

aquellas que reconocen que no sólo hay un sexo biológico sino también uno psicológico. En tal sentido, no puede menos de estimarse que esta jurisprudencia da un paso adelante en la comprensión que la institucionalidad tiene, o debe tener, de la *sexualidad humana* y cómo ella se forma y se vivencia por cada persona.

Para esta conclusión resulta relevante la referencia que hace al artículo 9 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000, proclamada por el Consejo de Niza de 2001, sobre derecho a contraer matrimonio y derecho a fundar una familia, que hace omisión de las expresiones “hombre” o “mujer” usando una fórmula genérica que indica que se garantizan tales derechos según las leyes nacionales que regulan su ejercicio, lo que tuvo por explicación obviar este tipo de problemas y comenzar un reconocimiento normativo de los cambios sustanciales que se vienen produciendo en la materia y bajo la cual sí sería factible pensar en el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo, como ha ido ocurriendo en algunos países de Europa, a pesar de que el TEDH en esta cuestión de la homosexualidad y el matrimonio no ha seguido la línea de la Unión Europea que sí siguió para transexuales, como ya se señaló y quedó demostrado con el reciente fallo en el ya comentado *Caso Schalk and Kopf con Austria*⁹⁹⁶, de 24 de junio de 2010 en que Estrasburgo ha dejado otra vez gran espacio al margen de apreciación nacional para determinar si permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Ahora bien, la segunda cuestión que ha ocupado al TEDH en lo que refiere a transexuales y sus relaciones privadas y de familia, tiene que ver con su derecho a formar familia. Se trata de su derecho a la “vida familiar” de que habla el artículo 8° del CEDH, en que el asunto que marca la pauta es el *Caso X, Y, Z. contra Reino Unido*⁹⁹⁷, sentenciado el 22 de abril de 1997 y en el marco del cual se alegó la violación de ese artículo 8° en conjunción con el 14.

Sin duda los hechos acá ventilados son de los más complejos que se pueden presentar cuando se trata de llevar las diversas *sexualidades* a su presencia en la vida cotidiana de las personas y el entorno social en que se desenvuelven y desarrollan sus relaciones. En el caso se trató del alegado derecho de un transexual y su pareja a formar familia con el hijo de ambos nacido bajo tratamiento de fecundación asistida.

El tribunal reconoce a lo largo del fallo que un hombre transexual puede asumir el rol de padre del hijo de la mujer con quien mantiene convivencia, dándole incluso sus propios apellidos, recordando que la noción de “vida familiar” del artículo 8° no sólo se limita a las relaciones basadas en el matrimonio sino que incluye otras relaciones de hecho⁹⁹⁸, pero no acoge al final la idea de que pueda hacer constar esa paternidad en el Registro Civil, lo cual no es más que una forma encubierta para decir que sólo una persona que sea *varón* y *masculina* puede responder al modelo de padre y

⁹⁹⁶ *Caso Schalk and Kopf con Austria* (Application no. 30141/04), de 24 de junio de 2010. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbkm&action=html&highlight=AUSTRIA&sessionid=56116158&skin=hudoc-en> (último acceso: 29 de junio de 2010)

⁹⁹⁷ *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

⁹⁹⁸ *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997, párrafos 36 y 37.

no un transgénero que ha devenido en tal o, dicho de otro modo, permitirle ser un padre de apariencia en lo social pero no con sustento jurídico a pesar de reconocer - o al menos enunciar - los problemas de índole práctico-jurídico que esta situación acarrea o puede acarrear para padre e hijo⁹⁹⁹.

De esta forma y centrando el tema en verdad en la idea de “vida familiar” del artículo 8° no estimó violado tal artículo - y por ende, no entró a preocuparse de la posible violación del artículo 14 - considerando que siendo la transexualidad un tema que plantea complejas cuestiones científicas, legales, morales y sociales en que no hay una aproximación compartida por parte de los estados miembros, no puede entenderse que tal norma implique para el estado la obligación de reconocer como padre a alguien que biológicamente no es el padre, no existiendo en ello una violación al respeto a la vida familiar en el sentido del CEDH¹⁰⁰⁰.

De los votos disidentes que también surgieron frente a esta decisión de Estrasburgo adoptada por 14 votos contra 6, merece una consideración especial y mayor el del Juez Gotchev quien, reconociendo la dificultad del tema y además que es verdad que no había un consenso entre los estados partes sobre los derechos de paternidad de los transexuales se pone desde la óptica del interés del niño para entender que sí se habrían violado los artículos 8° y 14, bajo la concepción amplia de familia que el propio tribunal ha ido reconociendo en su jurisprudencia¹⁰⁰¹. Llegando a una conclusión favorable a los derechos de personas transexuales, su camino claramente no va por el reconocimiento de sus derechos en condiciones de igualdad a los heterosexuales en cuanto a la paternidad, pues incluso está de acuerdo con un cierto margen de apreciación nacional extendido en la materia, sino que su razonamiento disidente se construye por la situación desmejorada en que queda el niño si no se otorga reconocimiento pleno a la constitución familiar en que se desarrolla, cualquiera sea la forma en que ha sido concebido o concebida, lo que por cierto me parece una óptica necesaria de tener en cuenta si consideramos el consenso normativo mundial en torno al principio del interés superior del niño como principio rector en todos los asuntos que afectan a la infancia y recogido en la *Convención Internacional sobre Derechos del Niño*.

⁹⁹⁹ Caso X, Y, Z con Reino Unido (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997, párrafos 48-50.

¹⁰⁰⁰ Caso X, Y, Z con Reino Unido (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997, párrafo 52.

¹⁰⁰¹ Caso X, Y, Z con Reino Unido (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997. Dissenting Opinion of Judge Gotchev. “I agree that, according to the constant case-law of the Court, the relationships between X, Y, and Z can be regarded as “family life”... Since it was established that the *facto* family ties of the kind protected by Article 8 of the Convention existed between the applicants, I consider that the State was under a duty to act in a manner calculated to enable those ties to be developed and to establish legal safeguards to render possible, from the moment of birth or as soon as practicable thereafter, the child’s integration into the family...In my view, this obligations entails the possibility for X to be recognized in law as Z’s father. It is true that there is no common standard among the Contracting States with regard to the parental rights of transsexuals and I agree with the conclusion that States must therefore be allowed a wide margin of appreciation in this area...It is nonetheless necessary for the Court to establish whether the present situation under British law, whereby the transsexual “father” of a child conceived by AID was denied the possibility to be recognized as such in law, struck a fair balance between the individual’s rights to respect for family life and any countervailing general interest. In striking this balance, the welfare of the child should be the prevailing consideration, irrespective of the manner of his or her conception or the transsexuality of the “social father”.

3.2.2. La discriminación de los transgéneros en materias de salud.

Al hablar acá de salud estoy en realidad queriendo hacer mención a los problemas que se han suscitado para los transexuales al momento de solicitar cobertura a los tratamientos que han de seguir para lograr la reasignación de *sexo* requerida y que han llegado al sistema europeo de protección de derechos.

Por supuesto en todo caso que los problemas de discriminación de transgéneros en ámbitos relacionados a la salud exceden sólo a este tema. Basta estar conscientes de la forma y el tipo de trato que muchas veces reciben de parte de los profesionales de la salud cuando concurren por temas sanitarios que no necesariamente se vinculan con su condición de personas *trans* y que se fundan en la mala disposición hacia aquellos o aquellas que se ven diferentes, contrariando así además el derecho a acceso a la salud que todos tenemos en el marco de los derechos de carácter social o prestacional y que se traduce en lo que se ha normado como el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, garantizado por varios tratados, incluido el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*¹⁰⁰² y también desarrollado por la *Carta Social Europea*¹⁰⁰³; o considerar la enorme variedad que presentan los ordenamientos nacionales a la hora de establecer sistemas y políticas sanitarias para atender todas las complejidades en materias de salud (tanto en el sentido estricto, ligado a las prestaciones médicas; como en el sentido amplio, vinculado a un total bienestar físico y mental) que la cuestión plantea para quien siente que su género en verdad no es el que le ha tocado vivir.

Efectuada esta precisión, hago ahora presente una consideración que me parece nada menor antes de entrar a ver el criterio sentado por el TEDH en este ámbito de la salud que ya he definido.

Si parte de la lucha de los transexuales en clave de derechos humanos apunta que se deje de mirar su situación desde una óptica médica y se les trate como enfermos, y se considere en verdad como una manifestación diversa del *género*, resulta al menos cuestionable un tan reclamado derecho a que los sistemas estatales o privados de salud cubran todos los gastos que la reasignación demande, habida cuenta de que estaríamos en un terreno más propio de la sicología que de la estricta medicina, espacio en que puede ser lícito y hasta justificado que los estados o los sistemas privados según sea el caso hagan exclusiones en sus coberturas.

La cuestión no es nada menor e incluso se ha dado cuenta que ella provoca alguna división entre las propias minorías sexuales activistas¹⁰⁰⁴, no debiendo entonces obviarse en una

¹⁰⁰² Artículo 12. “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

¹⁰⁰³ Artículo 11. “Derecho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1 eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2 establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3 prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes”.

¹⁰⁰⁴ “...The first aspect in discussing health care for transgender persons is the existence of international and national medical classifications defining transsexuality as a mental disorder. There are currently two established international systems for classifying mental illnesses: the Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders (DSM) which includes the term ‘gender identity

consideración integral de la *disforia de género* y la protección para tales personas cuando los estados y aún la institucionalidad internacional se pronuncien sobre el tema en el futuro.

No siendo esta la tribuna ni el espacio de esta investigación el adecuado para entrar a analizar las políticas públicas de salud concretas y específicas que deberían adoptar los estados frente a todos los temas que plantea la *transsexualidad*, sean políticas o planes públicos o privados, y los criterios que se deberían considerar al planificar, ejecutar y evaluar, como he anunciado voy a mostrar las líneas argumentales seguidas por el TEDH a partir de dos fallos que se consideran relevantes, referidos a los sistemas públicos de salud y también al ámbito de las aseguradoras privadas¹⁰⁰⁵.

Un caso que se puede citar en este ámbito es el llamado *Caso Van Kück contra Alemania*¹⁰⁰⁶, resuelto por sentencia de 12 de junio de 2003 en que la solicitante, una mujer transexual nacida como hombre en 1948, alegó que la decisión de los tribunales alemanes de negarle el reembolso de los gastos producidos por su reasignación de género, constituía una violación de su derecho al debido proceso y a la vida privada, siendo además discriminada por su particular condición, constituyéndose entonces una violación de los artículos 6.1, 8, 13 y 14 del CEDH.

En lo que me interesa apuntar en este apartado, la sentencia declaró contraria al artículo 8° del CEDH la negativa de las autoridades alemanas a reembolsar los gastos médicos derivados del cambio de sexo de la recurrente, destacando los principios de que el concepto de “*vida privada*” no se puede definir de forma exhaustiva, que elementos como la identidad de género, el nombre, la orientación sexual y la vida sexual, caen dentro de esta esfera protegida por el artículo, y que es de la esencia de la norma la protección contra las interferencias arbitrarias de la autoridad, aunque

disorder’ as a mental health disorder and uses it to describe persons who experience significant gender dysphoria, i.e. discontent with the biological sex they are born with. Secondly, the WHO International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems (ICD) lists transsexualism as a mental and behavioural disorder. It is important to stress that transgender persons are thus labelled as having a mental disorder. As the DSM and ICD systems are often reflected in national medical classifications in Europe, they are frequently applied to diagnose transgender persons in Council of Europe member states. These classifications are in turn problematic and increasingly questioned by civil society actors and health care professionals. Such classifications may become an obstacle to the full enjoyment of human rights by transgender people, especially when they are applied in a way to restrict the legal capacity or choice for medical treatment. It needs to be noted though that this question is a significant dividing line within the transgender movement itself. Many transgender people feel threatened by a possible change in the classification systems, since they fear it could result in further restrictions in accessing transgender health care. They consider that because health care systems require a diagnosis to ‘justify’ medical or psychological treatment, it is essential to retain a diagnosis to ensure access to care. Others, however, argue that being diagnosed as having a mental disorder stigmatizes individuals in society and makes them objects of medicine, rather than subjects who are responsible for expressing their own health needs”. Documento de Trabajo temático “Human Rights and Gender Identity”, de Thomas Hammarberg. Documento disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1476365&Site=CommDH&BackColorInternet=FEC65B&BackColorIntranet=FEC65B&BackColorLogged=FFC679> (último acceso: 3 de agosto de 2009)

¹⁰⁰⁵ La cuestión en todo caso ha llegado también al TEDH. El conocido como *Caso L. contra Lituania* (Application no. 27527/03) fallado el 11 de Septiembre de 2007 motivado justamente por la falta de políticas internas en el tema. Se trató en el caso de un transexual masculino lituano que solicitó la realización de cirugías de reasignación a cargo del sistema público de salud. A pesar de estar reconocido como transexual masculino, y de que la ley lituana reconoce el cambio de nombre y sexo en la documentación luego de la reasignación quirúrgica, ésta no fue posible por no existir prestaciones de salud disponibles en el país. Tras más de cinco años requiriendo tales servicios de salud sin obtener respuesta, la persona acudió ante el TEDH, el cual en su sentencia considera que el hecho de que el gobierno no hubiese tomado ninguna acción durante años, constituía una violación del derecho a la salud e incurriendo así en discriminación, considerando violado el artículo 8° de la Convención europea. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 14 de junio de 2010)

¹⁰⁰⁶ *Caso Kuck versus Alemania*, (Application N° 35968/97) fallado el 12 de septiembre de 2003. Disponible en: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?item=1&portal=hbk&action=html&highlight=kuck%20%20germany&sessionId=54474807&skin=hudoc-en> (último acceso: 29 de mayo de 2010)

reconoce que no están claros los límites entre las medidas positivas y negativas que deben tomar los estados para este fin¹⁰⁰⁷.

Al hacer aplicación de tales principios al caso concreto dos aspectos importantes me interesa apuntar. La sentencia reconoce expresamente que la libertad para definirse como una persona del sexo femenino es de la esencia de la autoidentificación¹⁰⁰⁸ e indica en una lectura integrada que reconoce el carácter médico del tratamiento de reasignación como parte además de las decisiones más íntimas en el proceso de reasignación¹⁰⁰⁹, ordenando entonces a partir de ahí el reembolso de los gastos y el pago de los daños y perjuicios sufridos.

Un reciente asunto en que este tema volvió a ventilarse ante el sistema europeo fue en el *Caso Max Schlumpf contra Suiza*¹⁰¹⁰, resuelto por sentencia de 8 de enero de 2009 sobre el derecho de un transexual a ser operado en forma gratuita para la reasignación de sexo, quien denunció a las aseguradoras por no cubrirlo.

En este caso el solicitante, una mujer transexual nacida como varón en 1937, alegó la violación del artículo 6° del Convenio y también del artículo 8° en su relación con el 14. Habiendo nacido y vivido como hombre por buena parte de tu vida, formando incluso familia con el rol de padre y esposo en ella, al morir su esposa decidió asumir la diversidad de género que sentía y empezó así su camino en el año 2002 para ser asumido como perteneciente al género femenino.

Efectuados los tratamientos hormonales, psicoterapéuticos y endocrinológicos, se confirmó médicamente su disforia de género, estableciéndose que estaban reunidas con claridad las condiciones para una cirugía de reasignación de género, pese a ciertos riesgos dada la edad del solicitante ya que a esa fecha tenía efectivamente más de sesenta años.

En 2004 solicitó a su aseguradora SWICA que se hiciera cargo de los costos de la operación a lo cual ésta se negó argumentando que no habían pasado los dos años, establecido como tiempo mínimo de evaluación por el Tribunal Federal de Aseguradoras (que funciona como una división independiente del Tribunal Supremo Suizo) por lo que no se podía determinar que el paciente sufriera verdadero transexualismo. Pese a esta negativa, Schlumpf se sometió a la operación en 2005 y hasta cambió su nombre legalmente por el de Nadine en lugar de Max.

De ahí en adelante intentó los caminos internos para obtener satisfacción jurídica a su pretensión pero no la obtuvo y tampoco pudo presentar su caso en audiencia pública, llegando así con su batalla hasta Estrasburgo, alegando la violación de los derechos antes indicados.

El TEDH acogió el reclamo de que no se respetó al derecho al juicio justo y a una audiencia pública y de que se violó el artículo 8°, otorgando además una indemnización por daños no pecuniarios. En su razonamiento el tribunal remarcó otra vez los alcances de la “vida privada” del

¹⁰⁰⁷ *Caso Kuck versus Alemania*, (Application N° 35968/97) párrafos 69 a 71.

¹⁰⁰⁸ *Caso Kuck versus Alemania*, (Application N° 35968/97) párrafo 73.

¹⁰⁰⁹ *Caso Kuck versus Alemania*, (Application N° 35968/97) párrafos 82 a 86.

¹⁰¹⁰ *Caso Schlumpf con Suiza* (Application no. 29002/06), de 8 de enero de 2009.

Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/portal.asp?sessionSimilar=60471201&skin=hudoc-en&action=similar&portal=hbkm&Item=66&similar=englishdocument> (último acceso: 11 de junio de 2010)

artículo 8° pero agregando ahora que la garantía de este derecho impone no sólo obligaciones negativas a los estados (es decir, abstenerse de cometer injerencias a la vida privada de las personas) sino también se pueden entender como obligaciones positivas las necesarias para el respeto efectivo de la vida privada y la familiar¹⁰¹¹ y que el respeto a la vida privada del demandante requería que se tomaran medidas al tenor de los informes médicos, biológicos y psicológico expresados inequívocamente por expertos, para evitar la aplicación de los dos años de espera¹⁰¹².

Es indudable la relevancia de estos pronunciamientos frente a los cuales no hay que olvidar en todo caso que no todas las personas *trans* pueden o quieren operarse y el Estado tendrá igual que garantizar de forma positiva el reconocimiento de la identidad que se alega, aún cuando la tendencia parece ser exigir los tratamientos quirúrgicos de reasignación para que opere este reconocimiento legal, lo que lleva a la importancia de considerar la particular autonomía de cada uno o cada una a la hora de tomar sus decisiones y no pretender establecer tratamientos casi como si se tratara de “moldes” a que están sujetos todos y todas por igual.

3.2.3. La discriminación de los transgéneros en otros ámbitos.

Una cuestión relevante ha sido el tema del pago de pensiones al cumplir la edad para jubilarse por parte de *transexuales* y las complejidades que esto puede acarrear desde el punto de vista interno.

El tema se planteó en concreto contra la política adoptada por el Reino Unido y para su resolución se tuvo especialmente en cuenta el criterio que en 2002 fijó el TEDH en el famoso caso *Christine Goodwin con Reino Unido*¹⁰¹³, en que se produce un cambio de enfoque en la materia y con que el TEDH deja de lado la excesiva ampliación del margen de apreciación nacional, estableciendo que el estado ya no lo puede seguir alegando en esta materia y que ningún factor importante de interés público se puede oponer al interés de la recurrente de obtener un reconocimiento jurídico de su conversión sexual. En otras palabras, nuevamente acá el tema eje fue la actitud del estado inglés que al no reconocer jurídicamente el cambio de sexo, viola el artículo 8°.

El asunto sobre esta cuestión es el llamado *Caso Grant con Reino Unido*¹⁰¹⁴, fallado el 23 de mayo de 2006, en que una mujer transexual alegó la falta de reconocimiento de su cambio legal de *género* por la negativa del Departamento de Seguridad Social (DSS) de pagarle la pensión a la edad de 60 años como corresponde a las mujeres en el sistema inglés, considerando que ello violaba los

¹⁰¹¹ *Caso Schlumpf con Suiza* (Application no. 29002/06), de 8 de enero de 2009, párrafo 102.

¹⁰¹² *Caso Schlumpf con Suiza* (Application no. 29002/06), de 8 de enero de 2009, párrafos 111-113.

¹⁰¹³ *Caso Christine Goodwin con Reino Unido* (Application no. 28957/95), de 11 de julio de 2002. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

¹⁰¹⁴ *Caso Grant con Reino Unido* (Application no. 32570/03), de 23 de mayo de 2006. Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionId=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

artículos 8 y 14 del CEDH y también el artículo 1° del Protocolo N° 1, sobre su derecho de propiedad.

La solicitante argumentó que su tarjeta de seguro social había sido expedida como de mujer y que en esa condición ella había hecho todos sus aportes. A pesar de que la negativa a su petición se produjo antes de la sentencia en el caso *Christine Goodwin con Reino Unido*, específicamente en 1997, ella pedía se tuviera en cuenta el razonamiento del TEDH respecto de las obligaciones estatales en materias vinculadas a la transexualidad¹⁰¹⁵, a lo que el Gobierno inglés se oponía alegando que si bien se reconocía los cambios que el fallo Goodwin estaba produciendo en la legislación interna, no se podía entrar a calificar situaciones pasadas las que deben mirarse a la luz del Convenio a esa fecha¹⁰¹⁶.

El Tribunal en su sentencia recuerda los pronunciamientos que ha hecho en materia de transexualidad y los cambios que han obrado en su doctrina desde los *Casos Rees con Reino Unido*¹⁰¹⁷, y *Cossey con Reino Unido*¹⁰¹⁸, reconociendo los graves problemas que enfrentan los transexuales y que hacen la necesidad de morigerar el margen de apreciación nacional¹⁰¹⁹, entendiendo que en este caso la solicitante estaba en situación similar a Goodwin¹⁰²⁰ pero no procede considerar su situación a esa fecha, estimando en todo caso que se ha violado el artículo 8° bajo el razonamiento de haberse incumplido el deber de respeto de la vida privada.

En el Reino Unido estos casos, muy mediáticos por lo demás, han dado nacimiento a la *Gender Recognition Bill*, de 2004 y en vigor desde abril de 2005, que se preparó con la participación de personas transgéneros y constituye una mejora para evitar violaciones como la esterilización forzada, las condiciones de tratamiento médico, o los trámites exagerados.

3.3. La cuestión del deber de debida diligencia en la discriminación por *orientación sexual e identidad de género*.

Parece pertinente acá volver a un tema ya analizado en el capítulo 2° a propósito de la búsqueda de un pretendido “efecto horizontal” a las cláusulas de no discriminación, es decir, de si otorgan protección estatal frente a la discriminación que se produce en las esferas privadas y que no emanan entonces de actos de autoridad pública, respecto del cual se concluyó hacia la tendencia positiva con base en los desarrollos normativos y jurisprudenciales allí reseñados¹⁰²¹.

El tema, de suyo relevante, parece ser especialmente importante cuando el análisis se centra en la discriminación que afecta a personas que se miran diferente por su *identidad de género* o por su *orientación sexual*, pues acá cobra mayor valor la idea de que buena parte de las más graves

¹⁰¹⁵ *Caso Grant con Reino Unido* (Application no. 32570/03), de 23 de mayo de 2006, párrafos 35 y 36.

¹⁰¹⁶ *Caso Grant con Reino Unido* (Application no. 32570/03), de 23 de mayo de 2006, párrafo 37.

¹⁰¹⁷ *Caso Rees con Reino Unido* (Application no. 9532/81), de 17 de octubre de 1986.

¹⁰¹⁸ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990.

¹⁰¹⁹ *Caso Grant con Reino Unido* (Application no. 32570/03), de 23 de mayo de 2006, párrafo 39.

¹⁰²⁰ *Caso Grant con Reino Unido* (Application no. 32570/03), de 23 de mayo de 2006, párrafo 40.

¹⁰²¹ Véase en el Capítulo 2° el tema “El llamado “efecto horizontal” de las principales Cláusulas de No Discriminación”.

vulneraciones se producen en esferas privadas justamente, sea en el hogar y la familia, sea en el trabajo o sea en la escuela, teniendo el tema en verdad dos aristas a mi modo de entendimiento.

Por un lado, si las normas de no discriminar obligan a los privados y, por el otro, si es posible declarar responsable a un estado por actos de particulares que suponen discriminación a minorías sexuales.

La primera cuestión, a juicio de esta autora, se podría resolver de forma positiva especialmente en relación a ciertos derechos en que esto resulta evidente en el ámbito de las personas LGTB, como el derecho a la vida o a la integridad física o psíquica y claramente en el derecho a no ser discriminado en ninguna esfera, en que no se ve directamente como necesaria la vinculación a un acto u omisión de autoridad pública para configurar la violación.

En el segundo tema, dos premisas sobre la materia sentadas a propósito de la discriminación a las mujeres pueden considerarse también válidas para grupos LGTB. Por una parte la idea de que la discriminación no se limita a los actos cometidos por el gobierno o en su nombre, sino que los estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar o castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas; y por otro, el que los derechos humanos pueden disfrutarse en público y en privado y por tanto pueden violarse también en ambas esferas, entendiendo que los actos de particulares pueden generar la responsabilidad de los estados.

Más allá de esta asimilación, el propio Comité de Ministros del Consejo de Europeo, al tratar sobre Medidas para combatir la discriminación por razón de orientación sexual o identidad de género en su Recomendación CM/Rec (2010) 5 indica en el Preámbulo que se reconoce que en algunos supuestos el estado debe tomar medidas para proteger de la discriminación que emana de actores no estatales, lo cual considera un componente del sistema internacional de protección de derechos humanos y libertades fundamentales, lo cual en verdad es coherente con el reconocimiento que el mismo instrumento hace en orden a que incluso dentro de sus familias, las lesbianas, gays, bisexuales y transgéneros han sufrido por siglos los efectos de la homofobia, la transfobia y otras formas de intolerancia y discriminación, como la criminalización, marginalización, la exclusión social y la violencia¹⁰²².

Como se puede apreciar entonces a partir de lo expuesto y en directa relación con todo lo desarrollado en esta tesis, las formas en que el deber de debida diligencia y la discriminación a minorías sexuales se encuentran son muchas.

¹⁰²² “Recognising that non-discriminatory treatment by state actors, as well as, where appropriate, positive state measures for protection against discriminatory treatment, including by non-state actors, are fundamental components of the international system protecting human rights and fundamental freedoms; Recognising that lesbian, gay, bisexual and transgender persons have been for centuries and are still subjected to homophobia, transphobia and other forms of intolerance and discrimination even within their family – including criminalisation, marginalisation, social exclusion and violence – on grounds of sexual orientation or gender identity, and that specific action is required in order to ensure the full enjoyment of the human rights of these persons;...” Doc. Recommendation CM/Rec(2010)5 del Comité de Ministros, adoptada el 31 de marzo de 2010. Disponible en: <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1606669> (último acceso: 12 de octubre de 2010).

Hay que considerar así que bajo este deber de debida diligencia tiene que encargarse el estado de impedir la generación o permanencia de contextos de discriminación sistemática, si se quiere formal o institucionalizada, que en muchas situaciones se producen respecto de los grupos LGTB, especialmente en relación a quienes sienten *disforia de género*.

La cuestión es nada menor pues esos contextos, aún cuando no llegue en ellos propiamente a “institucionalizarse” la discriminación a nivel estatal - o incluso a validarse en el contexto social - constituyen el espacio perfecto para la comisión de los llamados “crímenes de odio” frente a los cuales la fijación de la frontera entre lo que es un deber internacional de un estado y lo que es un simple acto criminal frente al que está llamado a intervenir el Derecho Penal interno es claramente más difícil de definir, siendo evidente que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos no puede transformarse en un sustituto de los ordenamientos internos que deben velar por el control de la criminalidad entre quienes habitan un territorio y están bajo su jurisdicción.

En todo caso, no es necesario llegar a los extremos graves que suponen los “crímenes de odio” como forma más brutal de discriminación en que los estados deben responder en el marco de violaciones que se produzcan desde y en relaciones de tipo privado, pues se puede dar por sentada ya la responsabilidad que pueden tener los estados en este ámbito desde algo tan aparentemente simple o inofensivo como la circunstancia de que un canal de televisión privado impida la exhibición de documentales que hagan alusión a modos de vida homosexual por ejemplo, lo cual podría llegar a ser un atentado a la libertad de expresión de los grupos LGTB.

Por cierto las obligaciones estatales en esta materia no se agotan en la abstención como bien ha sentado la jurisprudencia, sino que tienen un fuerte componente de accionar. En la jurisprudencia europea hay que mencionar que en el *Caso X, Y, Z. contra Reino Unido*¹⁰²³, fallado el 22 de abril de 1997 y ya explicado a propósito de la ocupación por parte del TEDH de las relaciones privadas y de familia de los transexuales, en que se afirmó expresamente que a la obligación negativa que se deriva del artículo 8° pueden agregarse obligaciones positivas que pueden implicar la adopción de medidas tendientes a asegurar el respeto de la vida privada, incluso en las relaciones entre individuos¹⁰²⁴.

4. UNA REFERENCIA A LA INCORPORACION DE LA *ORIENTACION SEXUAL* Y LA *IDENTIDAD DE GENERO* EN EL MARCO DE LOS PROCEDIMIENTOS ESPECIALES.

En este apartado abordaré cómo se ha ido recogiendo la cuestión en la institucionalidad, referida a los procedimientos especiales y a la labor que se viene realizando desde el seno del actual Consejo de Derechos Humanos.

¹⁰²³ *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997.

¹⁰²⁴ *Caso X, Y, Z con Reino Unido* (Application no. 21830/93), de 22 de abril de 1997, párrafo 41.

En este marco, hay que partir por apuntar que en la enorme variedad de procedimientos que hoy existen, ninguno apunta específicamente a la cuestión de las *minorías sexuales* y sus derechos, al modo por ejemplo de cómo existen respecto de los indígenas, las personas internamente desplazadas o los migrantes¹⁰²⁵, no obstante lo cual la transversalidad de la situación desmejorada en derechos que afecta a los colectivos de *homosexuales* y *transgéneros* hace que sean parte en muchos de los trabajos que de forma temática se realizan tanto por relatores especiales como por grupos de trabajo o expertos independientes.

Ahora bien, las referencias a la situación de personas LGTB se recogen de los diferentes instrumentos internacionales elaborados a partir de los mandatos específicos centrados en diversas temáticas llegando así entonces por vía colateral a obtener interesantes informaciones sobre la realidad discriminatoria que padecen en muchos ámbitos y en diversos lugares.

Hay entonces también en este mundo del trabajo internacional - el de los procedimientos extraconvencionales - un silencio frente a la consideración directa de tales grupos en el desarrollo internacional que proviene de la institucionalidad más importante.

Esta ausencia de la consideración efectiva y expresa de las minorías sexuales como grupos vulnerables se encuentra patente por ejemplo en el Informe del año 2009 a la Asamblea General de la *Relatora Especial sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y niños* en que no hace mención alguna a ellos entre los grupos que se consideran más vulnerables a esta práctica¹⁰²⁶. Luego, citando a ACNUR, señala que “*las características personales, como la edad, el género, la apariencia, la fortaleza física, la raza o la etnia, que hacen que determinadas personas sean más vulnerables a la trata que otras*”¹⁰²⁷, constatando acá entonces una prueba de esta ausencia a toda mención expresa a *gays, lesbianas* o *transgéneros*, por ejemplo. Ahora bien, pese a esto, el uso de la expresión “*apariencia*” bien puede estimarse en el camino de una consideración a ellos que muchas veces conjugan a su *identidad de género* y/o su *orientación sexual*, alguna *expresión de género* que los transforma en potenciales víctimas de estos abusos.

Efectuadas estas precisiones, hay sí que dar espacio y reconocer los avances que se han dado en el marco de los trabajos de estos procedimientos.

En esa línea a su vez hay que considerar la existencia de informes de algunos relatores especiales que han dado cuenta especialmente de la discriminación que afecta a personas por *orientación sexual* o *identidad de género* en ciertos contextos nacionales específicos y otros que lo han hecho de forma general, dentro de sus áreas temáticas.

Concretamente me referiré a tres informes sobre contextos nacionales específicos que me han parecido especialmente relevantes.

¹⁰²⁵ La lista actualizada de los mandatos temáticos puede encontrarse en el sitio oficial <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/chr/special/themes.htm> (último acceso: 12 de octubre de 2010)

¹⁰²⁶ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 80.

¹⁰²⁷ Doc. NU A/64/290, de 12 de agosto de 2009, párrafo 85.

Uno de los más significativos es el que ha emanado en 2007 del *Relator especial sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias*, a propósito de la situación en Guatemala, país reconocido por sus tradiciones culturales y sociales en general opuestas a manifestaciones de la sexualidad que salgan de los parámetros más frecuentes.

Al efecto se ha dedicado especialmente un párrafo a la cuestión de la “*Impunidad para los ataques contra las personas por ser homosexuales masculinos, lesbianas, transgeneristas o transexuales*”, en el marco del análisis de los diversos tipos de ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias que se producen en dicho país en el contexto de la falta de seguridad y la parcial implementación de los Acuerdos de Paz con que se puso término formal al conflicto interno a mediados de los años noventa y la responsabilidad que conforme al Derecho Internacional le cabe al estado y sus poderes en la serie de actos violentos que se siguen sucediendo en el país y que tiene a ciertos grupos determinados como destinatarios, uno de los cuales es el grupo que conforman las minorías sexuales.

El Relator señala que en el centroamericano país han gozado de impunidad los asesinatos motivados por el odio hacia las personas que se identifican como homosexuales masculinos, lesbianas, transgeneristas o transexuales, aportando que según datos fidedignos, entre 1996 y 2006 se han registrado al menos 35 asesinatos de esa índole, existiendo fundados motivos para creer que en atención a la falta de estadísticas oficiales y las probables reticencias o bien la ignorancia de los familiares de las víctimas, las cifras reales sean considerablemente más elevadas.

Agrega que en la mayoría de los casos no existen datos fiables sobre la identidad del asesino. Ante la inexistencia de investigaciones eficaces, no cabe afirmar con seguridad que todos esos homicidios tengan su origen en la identidad sexual de las víctimas, pero las circunstancias de algunos casos darían a entender que este es el caso. Cita como ejemplo el caso de unos asesinos que dispararon a su víctima desde un coche en una zona de la ciudad de Guatemala que se sabe que frecuentan trabajadores del sexo transgeneristas agregando que en los casos en que ha habido testigos, han estado implicados tanto funcionarios del Gobierno como particulares¹⁰²⁸.

El segundo informe temático en contexto geográfico determinado que he tomado es uno emanado del *Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, referido a la situación de Colombia.

¹⁰²⁸ Doc.NU A/HRC/4/20/Add.2, de 19 de febrero de 2007, párrafos 32 al 34. En este último se narra un ejemplo de lo que da cuenta. “34. *Hablé con una persona, Sulma, que fue atacada y cuya amiga resultó muerta. El 16 de diciembre de 2005, en torno a las 11.30 de la noche, Paulina y Sulma - ambas transgeneristas - fueron abordadas en un barrio céntrico de la capital por cuatro personas que circulaban en motocicletas y que llevaban uniformes de la policía. Sin mediar palabra, los cuatro abrieron fuego contra ellas. Paulina murió en el hospital tres horas más tarde a consecuencia de sus heridas. Sulma resultó gravemente herida, pero sobrevivió. Se le concedió protección policial. Sin embargo, los policías que la custodiaban en el hospital le dijeron en repetidas ocasiones que debía dejar de hacer declaraciones sobre el incidente a los investigadores y otras personas, pues con ello estaba poniendo su vida en peligro. Ante la duda de si se trataba de un consejo bien intencionado o de una amenaza de muerte velada, se trasladó a un lugar secreto. Al propio tiempo solicitó y consiguió medidas provisionales de protección de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aunque se ha abierto en la Fiscalía un expediente relativo al ataque mortal contra Paulina y Sulma, en el momento de mi visita a Guatemala no se había avanzado nada en las diligencias. Incluso antes de mi visita, el 10 de febrero de 2006, envié una comunicación al Gobierno de Guatemala en la que solicitaba información sobre las investigaciones realizadas en este caso y las medidas adoptadas para proteger a Sulma. Al día de hoy, aún no he obtenido una respuesta*”.

En su Informe sobre Derechos civiles y políticos, en particular las cuestiones relacionadas con la libertad de expresión, el Relator Especial, Sr. Ambeyi Ligabo, a raíz de la pandemia del SIDA indica que todos los ciudadanos, cualquiera que sea su orientación sexual, tienen derecho a expresarse y a procurar, recibir y difundir información. El Relator Especial considera también que los gobiernos tienen la obligación de proporcionar a sus ciudadanos información confiable sobre cuestiones relacionadas con la salud, en general y, teniendo en cuenta la extrema gravedad de la epidemia, sobre el SIDA, en particular.

Agrega que en Colombia, pese al papel decisivo que desempeñan las mujeres en casi todos los ámbitos de la sociedad, en las cuestiones relativas al sexo todavía predomina el hombre. Por ejemplo, los funcionarios del Gobierno han empleado con frecuencia conceptos como "homosexualidad" y términos como "homosexual" para denigrar a sus opositores políticos. El derecho a la libertad de opinión y de expresión de los grupos de homosexuales y lesbianas a menudo se ve limitado por la resistencia que oponen los medios de difusión, en los que los temas sexuales, y especialmente la homosexualidad, se presentan de manera conservadora y tradicional y nunca en horarios principales¹⁰²⁹.

Considerando importantes las referencias en el marco de la realidad colombiana no puedo menos de comentar que el Relator parece destacar una asociación evidente entre el VIH/SIDA y la homosexualidad, error que está en la base de muchas situaciones de discriminación a nivel mundial y, en ese sentido, poco ayuda a terminar con los estigmas en contra de estas personas.

En tercer lugar, y en el marco ahora de los trabajos del *Relator especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia*, el informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos, de 28 de febrero de 2006, sobre la situación en el Brasil, pone atención en que los homosexuales de piel negra sufren una doble discriminación, por su color de piel y por su orientación sexual.

Asimismo, plantea el Relator que en este país existen muertes y episodios de violencia física por la homosexualidad y también violencia y sufrimiento de tipo psicológico por la negación de su humanidad y su dignidad, señalando en todo caso la aprobación por el gobierno de la política "Brasil sin homofobia" para empezar a abordar el problema¹⁰³⁰.

Ahora bien, más allá de estas referencias a un contexto nacional específico que he elegido por lo ejemplificativas y gráficas de la discriminación que me ocupa en esta investigación, encuentro también importantes reconocimientos en otros procedimientos especiales, tanto en los marcos regulatorios que les dan vida como en sus trabajos.

Así, en el ámbito de la libertad de expresión por ejemplo, la Resolución 2005/38 de la Comisión de Derechos Humano que prolonga el mandato del *Relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, expresa su persistente preocupación

¹⁰²⁹ Doc. NU E/CN.4/2005/64/Add.3, párrafos 75 y 76.

¹⁰³⁰ Doc. NU E/CN.4/2006/16/Add.3, párrafo 40.

porque las violaciones a todo lo que constituye el contenido de la libertad de expresión continúan ocurriendo a menudo con impunidad “incluso las ejecuciones extrajudiciales, la detención arbitraria, la tortura, la intimidación, la persecución y hostigamiento, las amenazas y los actos de violencia y discriminación, incluso basados en el género,”¹⁰³¹.

Por su parte, la *Experta Independiente sobre Cuestiones de las Minorías*, Gay McDougall¹⁰³², ha reconocido en un Informe de 2006 que algunas personas que pertenecen a grupos minoritarios étnicos religiosos, lingüísticos o nacionales pueden sufrir múltiples formas de discriminación debido a otros factores como el género, la expresión e identidad del género, la orientación sexual, la discapacidad, la edad o el estado de salud, lo que significa que, dentro de las comunidades minoritarias, algunas personas que ya sufren niveles intolerables de exclusión generalizada deben hacer frente además a formas de discriminación o violencia basadas en su género, identidad o expresión personal. A partir de ello la *Experta Independiente* prevee examinar en su labor el carácter complejo de las múltiples formas de exclusión, que a menudo se refuerzan negativamente, y al mismo tiempo poner de relieve la importancia de proteger las diversas formas de expresión personal¹⁰³³.

Por su parte, el *Representante Especial del Secretario General sobre situación de los defensores de derechos humanos*, se ha manifestado en el sentido de que los defensores de los derechos de determinados grupos corren riesgos más graves porque su trabajo compromete las estructuras sociales, las prácticas tradicionales y las interpretaciones de los preceptos religiosos que pueden haber servido durante mucho tiempo para condonar y justificar la violación de los derechos humanos de los miembros de esos grupos. De especial importancia en este tema indica que son los grupos que se ocupan de cuestiones relacionadas con la sexualidad, especialmente los derechos relativos a la orientación sexual ya que frecuentemente esos grupos están muy expuestos a prejuicios, a la marginación y al repudio público, no sólo por las fuerzas del Estado sino también por otros agentes sociales¹⁰³⁴.

Como se puede apreciar, la cuestión de las discriminaciones por diversidad sexual está penetrando también el discurso de los mecanismos que viven fuera de los tratados internacionales.

En esa lógica de reconocimiento y considerando todos los procedimientos especiales que hoy se alojan en el Consejo de Derechos Humanos hay tres Relatores Especiales que han tenido especialmente en cuenta la discriminación que sufren los grupos LGTB y han tocado el tema en el último tiempo en el marco de sus respectivos ejes temáticos con una mayor presencia y destacando la gravedad de las situaciones de vulneración con que tienen que convivir en su vida cotidiana o los vacíos que arroja el mundo normativo de los derechos humanos.

¹⁰³¹ Res. Comisión de Derechos Humanos 2005/38.

¹⁰³² Por Resolución 7/6 del Consejo de Derechos Humanos, de 27 de marzo de 2008, se renovó su mandato por un período de tres años. Doc.NU A/HRC/7/L.11

¹⁰³³ Doc.NU E/CN.4/2006/74, párrafo 28.

¹⁰³⁴ Doc. NU E/CN.4/2001/94, párrafo 89, letra g)

El primero de ellos es el *Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Cuestión de la Tortura y otros Tratos y Penas Crueles, Inhumanos y degradantes*, del que en general se puede decir que ha señalado que la discriminación contra las minorías sexuales las afecta en el trato con la policía y otras autoridades, lo cual les impide denunciar los abusos que sufren. En uno de sus informes¹⁰³⁵ el Relator Nigel Rodley incluyó expresamente una referencia a las minorías sexuales en la Declaración pronunciada ante la Tercera Comisión de la Asamblea General de 8 de noviembre de 2000 en que bajo la rúbrica “La tortura y la discriminación contra las minorías sexuales” denuncia que desde hace unos años a esa fecha viene recibiendo información sobre algunos casos de víctimas de tortura y otros malos tratos pertenecientes a minorías sexuales, sometidas a menudo a actos de violencia de índole sexual, como violaciones o agresiones sexuales, y otros abusos, relacionados con su orientación o identidad sexuales reales o supuestas. Luego agrega de forma textual: “La discriminación por razones de orientación o identidad sexuales puede contribuir muchas veces a deshumanizar a la víctima, lo que con frecuencia es una condición necesaria para que tengan lugar la tortura y los malos tratos. Además, debido a la actitud discriminatoria que existe con respecto a los que pertenecen a minorías sexuales, los organismos encargados de hacer cumplir la ley pueden considerar que son menos de fiar o que no tienen pleno derecho a un nivel igual de protección, incluso contra la violencia perpetrada por agentes no estatales. Los miembros de las minorías sexuales detenidos por otros presuntos delitos o cuando presentan denuncias de que han sido hostigados por terceros, son objeto de más malos tratos por parte de la policía, lo que incluye agresiones verbales, físicas y sexuales y hasta violaciones. Es posible que la vergüenza que sienten o bien las amenazas de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de que van a revelar públicamente el sexo de la víctima al nacer o su orientación sexual (entre otros, a sus familiares) sean causa de que muchas víctimas guarden silencio y no denuncien los abusos de que son objeto”.

La preocupación se evidenció también por el mismo Relator Rodley en el Informe a la Asamblea General del 2001¹⁰³⁶, en que dedica sendos párrafos a tratar la cuestión de la tortura y discriminación contra minorías sexuales y que da cuenta de que en muchos casos de malos tratos que se dan a estas personas se tiene en vista como fin el castigo por traspasar las barreras del género o por cuestionar ideas predominantes con respecto al papel de cada sexo.

En este Informe el Relator Especial pone énfasis en una cuestión nada menor cual es la de la pena menor que a veces tienen ciertas formas de agresiones a hombres o mujeres transexuales, consideradas bajo una tipificación menos severa que el delito de violación, dando cuenta de horribles prácticas contra estas personas que encuentran su justificación en el ánimo de obligar a los trabajadores del sexo a irse de determinadas zonas - en las denominadas campañas “de limpieza social”- o para disuadir a los miembros de las minorías sexuales de reunirse en determinados

¹⁰³⁵ Doc. NU E/CN.4/2002/76

¹⁰³⁶ Doc. NU A/56/156

lugares, como clubes y bares¹⁰³⁷, planteando que si bien carente de datos estadísticos pertinentes, cree que parece ser que a los miembros de las minorías sexuales se les somete en una proporción excesiva a torturas y otros malos tratos porque no responden a lo que socialmente se espera de uno y otro sexo¹⁰³⁸.

El informe manifiesta la preocupación del Relator Especial en ámbitos muy sensibles como son el penal - en lo sustantivo y lo procesal - tanto por el tratamiento que reciben penalmente las relaciones consensuales entre personas del mismo sexo y el transexualismo al imponerse castigos corporales, como por la actitud discriminatoria que existe con respecto a los que pertenecen a minorías sexuales de parte de los organismos encargados de hacer cumplir la ley que pueden considerar que son menos de fiar o que no tienen pleno derecho a un nivel igual de protección, incluso contra la violencia perpetrada por agentes no estatales. Agrega que cuando los miembros de las minorías sexuales son detenidos por otros presuntos delitos o cuando presentan denuncias de que han sido hostigados por terceros, son objeto de más malos tratos por parte de la policía, lo que incluye agresiones verbales, físicas y sexuales y hasta violaciones, señalando que es posible que la vergüenza que sienten o bien las amenazas de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley de que van a revelar públicamente el sexo de la víctima al nacer o su orientación sexual, entre otros, a sus familiares sean causa de que muchas víctimas guarden silencio y no denuncien los abusos de que son objeto¹⁰³⁹. En consonancia con lo anterior se indica que muchas veces se considera a los miembros de las minorías sexuales, tras ser detenidos, una subcategoría de presos y se les mantiene en condiciones peores que las de los demás reclusos, recibiendo gran violencia, sobre todo en la forma de agresiones sexuales y violaciones, tanto de parte de otros presos como a veces, por guardias de prisión¹⁰⁴⁰.

Una cuestión muy interesante de este Informe es que reconoce que a veces los miembros de las minorías sexuales han sufrido tratos crueles, inhumanos o degradantes en instituciones no penales, como por ejemplo, instituciones médicas estatales en las que, al parecer, se les ha obligado a recibir tratamiento por razón de su orientación o identidad sexuales, incluso terapia de electrochoque y otra “terapia de aversión”, lo que, según las informaciones, les ha causado daños psicológicos y físicos¹⁰⁴¹. Veo en esto un guiño hacia la necesaria ampliación de los contornos de la tortura en el Derecho Internacional.

En la misma línea hay que apuntar acá como ejemplo el último informe del *Relator Especial sobre el Derecho a la Educación*, el costarricense Vernor Muñoz, de julio de 2010 y presentado ante la Asamblea General en octubre del mismo año¹⁰⁴², que se dedica a la cuestión del derecho humano a la educación sexual integral.

¹⁰³⁷ Doc. NU A/56/156, párrafo 18.

¹⁰³⁸ Doc. NU A/56/156, párrafo 19.

¹⁰³⁹ Doc. NU A/56/156, párrafos 20 y 21.

¹⁰⁴⁰ Doc. NU A/56/156, párrafo 23.

¹⁰⁴¹ Doc. NU A/56/156, párrafo 24.

¹⁰⁴² Doc. NU A/65/162

Como he apuntado en el capítulo tercero, estimo que se trata de un documento internacional que puede y debe marcar una nueva etapa en el trabajo que realiza Naciones Unidas en estas materias. En el ámbito de los grupos LGTB, específicamente el Relator Especial introduce el tema del derecho a la educación sexual situándolo en el contexto del patriarcado y del control de la sexualidad, dando clara cuenta por primera vez de las múltiples dimensiones de la sexualidad.

En efecto, se reconoce que la sexualidad es una actividad inherente a los seres humanos, que abarca múltiples dimensiones personales y sociales no obstante lo cual es una actividad que suele permanecer oculta o exclusivamente ligada a la reproducción, por diferentes motivos, tanto culturales, como religiosos o ideológicos, que en su mayoría están relacionados con la persistencia del patriarcalismo¹⁰⁴³, concibiendo además a la sexualidad como un proceso complejo que todos los seres humanos, sin excepción, construimos a lo largo de la vida y que tiene aspectos bio-psico-sociales y culturales que deben contemplarse de manera integral¹⁰⁴⁴.

Desde el inicio se puede notar en este Informe que se reconoce lo que he venido trabajando en esta investigación como uno de los hilos conductores del discurso. La sexualidad es una actividad inherente a los seres humanos que abarca múltiples dimensiones personales y sociales y que muchas veces queda condicionada por discursos culturales o religiosos que la vinculan esencialmente a la reproducción y a una perspectiva heteronormativa de todas las instituciones que la abordan.

Sobre esta premisa es que el documento se dedica en buena medida a encontrar las relaciones entre sexualidad, salud y educación. Si bien en el marco de estas relaciones pone énfasis en la necesidad de educar sexualmente como estrategia de prevención del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, especialmente respecto de los grupos más vulnerables a ellas, deja muy claro - en lo que estimo es un enorme avance para la causa de los derechos de grupos LGTB - que resulta una limitada perspectiva sobre la sexualidad restringir la educación sexual al abordaje de las enfermedades de transmisión sexual. En su opinión, “reducir la educación sexual a estos aspectos puede inducir a la errónea asociación entre sexualidad y enfermedad, tan perjudicial como su asociación con el pecado”¹⁰⁴⁵. Del mismo modo es un avance el reconocimiento de que muchos programas sexuales centrados en la abstinencia naturalizan, estereotipan y promueven formas discriminatorias, ya que se basan en la heteronormatividad, negando la existencia de población lesbiana, homosexual, transexual, transgénero y bisexual y exponiéndola por tanto a prácticas riesgosas o discriminatorias¹⁰⁴⁶.

Más adelante se encarga de dar contenido a la educación para la sexualidad - sobre la base de cómo ha sido concebida por la UNESCO¹⁰⁴⁷ - estimando que esta es parte del derecho a la

¹⁰⁴³ Doc. NU A/65/162, párrafo 5.

¹⁰⁴⁴ Doc. NU A/65/162, párrafo 10.

¹⁰⁴⁵ Doc. NU A/65/162, párrafo 15.

¹⁰⁴⁶ Doc. NU A/65/162, párrafo 69.

¹⁰⁴⁷ Las Directrices Internacionales de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) sobre educación sexual la definen como un “enfoque a la enseñanza sobre el sexo y las relaciones que resulte apropiado a la edad,

educación y, en ese sentido, debe ser reconocida como un derecho humano esencial para el goce a su vez de otros derechos y hace parte del derecho de las personas a ser educadas en derechos humanos¹⁰⁴⁸.

Esta educación sexual debe ser integral y en ese marco el Relator apunta los siguientes aspectos como los requisitos que debe tener esta educación para ser efectivamente integral:

- la educación sexual debe adaptarse en función de las diferencias etarias y culturales¹⁰⁴⁹;
- la educación sexual debe buscar como una de sus perspectivas el placer y el disfrute de la sexualidad, en el marco del respeto a los demás, desterrando visiones culpabilizadoras del erotismo que restringen la sexualidad a la mera función reproductiva¹⁰⁵⁰;
- la educación sexual debe brindar las herramientas necesarias para tomar decisiones en relación con una sexualidad que se corresponda con lo que cada ser humano elige como proyecto de vida en el marco de su realidad¹⁰⁵¹;
- la educación sexual debe tener una sólida perspectiva de género, considerando las normas, roles y relaciones de género, y teniendo claramente presente que las cuestiones de género no son exclusivas de las mujeres, sino que abarcan también a los hombres, por lo que debe incluir de manera explícita la dimensión de las masculinidades¹⁰⁵², y
- la educación sexual debe prestar particular atención a la diversidad pues todas las personas tienen derecho a vivir su sexualidad sin ser discriminadas en razón de su orientación sexual o de su identidad de género¹⁰⁵³.

Estos requisitos que he apuntado son especialmente relevantes para los derechos de minorías sexuales y dan cuenta de manera indirecta la importancia que tiene y puede tener la educación para terminar con las discriminaciones injustificadas y odiosas que padecen en diversos ámbitos y contextos, abriendo así un nuevo frente de lucha que va más allá del reconocimiento en sede normativa, jurisdiccional o cuasi jurisdiccional, apuntando a la necesidad de mejorar de raíz la comprensión que todos y todas en el mundo tenemos de la *sexualidad humana*, ampliándola en un sentido positivo y acorde con la cultura de derechos universales que también se busca enseñar a través de la educación en derechos humanos.

Repito entonces que este nuevísimo informe generado en 2010 por el *Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación* puede abrir un nuevo tiempo en esta cuestión si recibe los apoyos y la comprensión necesaria para enmarcarlo en las luchas a favor de los derechos de las personas sin discriminación.

relevante culturalmente, y proporcione científicamente información precisa, realista y sin prejuicios. La educación sexual proporciona oportunidades para explorar los valores y actitudes propios y la construcción de la toma de decisiones, habilidades de comunicación y reducción de riesgos sobre muchos aspectos de la sexualidad". Doc. NU A/65/162, párrafo 16.

¹⁰⁴⁸ Doc. NU A/65/162, párrafos 19-20.

¹⁰⁴⁹ Doc. NU A/65/162, párrafo 12.

¹⁰⁵⁰ Doc. NU A/65/162, párrafo 16.

¹⁰⁵¹ Doc. NU A/65/162, párrafo 17.

¹⁰⁵² Doc. NU A/65/162, párrafo 21.

¹⁰⁵³ Doc. NU A/65/162, párrafo 23.

Para finalizar las referencias a los trabajos desde los procedimientos especiales quiero indicar destacadamente la incorporación de la consideración de los *derechos sexuales* como *derechos humanos* proveniente del Informe del año 2004 del Sr. Paul Hunt, *Relator especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, dedicado justamente a la salud sexual y reproductiva, que además señala que los derechos sexuales incluyen el derecho de todas las personas de expresar su orientación sexual, teniendo debidamente en cuenta el bienestar y los derechos de los demás, sin temor a persecución, la negación de la libertad o la interferencia social¹⁰⁵⁴, ello en el concepto amplio de salud que la concibe como un completo bienestar físico, mental y social y no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades y siguiendo los lineamientos que empezaron a trazarse en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo y luego en la Conferencia de la Mujer de Beijing.

Este informe se hace girar sobre los principios de no discriminación, igualdad y privacidad, así como de integridad, autonomía, dignidad y bienestar del individuo, asumiendo que las cuestiones relativas a la salud sexual y reproductiva no sólo son sensibles, controvertidas e importantes, sino que además son amplias y complejas¹⁰⁵⁵.

Sin duda este ha sido un espacio en el ámbito de los procedimientos especiales en que se ha dado un lugar al tema de la *sexualidad* en una mirada bastante más amplia, por suerte mantenida en la resolución sobre el tema del Consejo de Derechos Humanos, de 6 de octubre de 2010, por la cual se prorroga el mandato de este Relator y se le alienta a que continúe prestando atención a la cuestión de la salud sexual y reproductiva como elemento integrante del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental¹⁰⁵⁶.

Si bien trata en buena parte de los problemas sexuales y reproductivos que afectan a mujeres¹⁰⁵⁷, al considerar más en detalle que las normas el derecho internacional de los derechos humanos prohíben toda discriminación en el acceso a la atención de la salud y a sus factores determinantes básicos, así como a los medios para conseguirlos, por diversos motivos, menciona expresamente a la orientación sexual y a cualquier situación de otra índole que tenga por objeto o resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud, reforzando la idea que no obstante esta prohibición, la discriminación y la estigmatización siguen representando una grave amenaza contra la salud sexual y reproductiva de muchos grupos, como las mujeres y las minorías sexuales, las personas que viven con el VIH/SIDA y los trabajadores de la industria del sexo, entre otros¹⁰⁵⁸.

Además reconoce expresamente que las normas jurídicas internacionales relativas a los derechos humanos excluyen por completo la discriminación por razones de orientación sexual y que la prohibición legal de las relaciones entre personas de un mismo sexo vigente en muchos países,

¹⁰⁵⁴ Doc. NU E/CN.4/2004/49.

¹⁰⁵⁵ Doc. NU E/CN.4/2004/49, párrafos 9 y 10.

¹⁰⁵⁶ Doc. NU A/HRC/RES/15/22.

¹⁰⁵⁷ Doc. NU E/CN.4/2004/49, párrafos 14, 26, 29, 30 y 34.

¹⁰⁵⁸ Doc. NU E/CN.4/2004/49, párrafos 32 y 33.

junto con la frecuente falta de apoyo o protección de las minorías sexuales contra la violencia y la discriminación, obstaculiza el disfrute de la salud sexual y reproductiva de muchas personas de identidades o conductas lesbianas, invertidas, bisexuales o transexuales, agregando que los Estados deben garantizar la disponibilidad de servicios sexuales y otros servicios sanitarios para hombres que tengan relaciones sexuales con otros hombres, lesbianas y personas transexuales y bisexuales¹⁰⁵⁹, en un claro y explícito reconocimiento que ha costado encontrar en los mecanismos, normas e instrumentos del orden jurídico internacional lo que hace necesario remarcar la importancia de este Informe.

Así las cosas y sobre la base de todo lo presentado en este apartado en torno al trabajo en el ámbito de los procedimientos especiales me parece importante rescatar como conclusión la necesidad de que estas verdaderas denuncias vayan en aumento, sean referidas a contextos geográficos determinados, sean referidas a temas en concreto. Ello por cuanto hay que convenir que los resultados que obtienen los trabajos temáticos o por países son más bien de efecto político y en tal sentido, atendida la necesidad actual de legitimidad internacional que todos los países reclaman en algún momento por razones verdaderas o simplemente estratégicas, pueden ser el paso para la inclusión en la agenda internacional y por cierto en las nacionales.

Hay varios de estos procedimientos especiales que deberían empezar a considerar seriamente en sus trabajos la realidad de las minorías sexuales.

Su situación bien puede ser analizada desde la óptica de las formas contemporáneas de esclavitud a que se somete a los travestis en muchos sitios del mundo; desde la inclusión de niños y niñas con diversidad sexual en actividades de venta, prostitución y pornografía; desde el derecho de todo transgénero a gozar del más alto nivel posible de salud física y mental, por ejemplo o, como lo ha hecho el Relator Vernor Muñoz, desde la necesidad de incluir a la educación sexual integral como una perspectiva necesaria del derecho a la educación.

5. LA DISCRIMINACION POR *ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO* EN OTROS AMBITOS DEL DERECHO INTERNACIONAL. CONFLICTOS, PAZ Y SEGURIDAD INTERNACIONAL.

Existen otras esferas del ámbito jurídico internacional en que la situación de discriminación que afecta a muchas personas en función de su *identidad de género*, o de su *orientación sexual* ha tenido una recepción lenta pero progresiva, existiendo una relación bastante directa con los procesos de discriminación en derechos humanos esenciales lo que justifica la referencia que se hace en este apartado.

Hago mención a lo que es la situación de muchos seres humanos en el marco de los conflictos, sean nacionales o internacionales y, por tanto, a lo que son ámbitos estrictamente

¹⁰⁵⁹ Doc. NU E/CN.4/2004/49, párrafos 38 y 39.

vinculados y complementarios al Derecho Internacional de los Derechos Humanos como son el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho de los Refugiados y el Derecho Penal Internacional - que se constituyen en lo que he calificado en la introducción de esta investigación como *vías indirectas* de protección contra la discriminación - y todos a su vez en su íntima conexión con el gran tema de la sociedad internacional, elevado en 1945 al propósito principal de la ONU: el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional y con la protección de los derechos humanos de todos sin discriminación que ha proclamado la organización por diversos medios.

La cuestión general de proteger a los grupos mayormente vulnerables en contextos de conflicto, de antigua data en los hechos, no fue sin embargo durante los procesos de Nuremberg y Tokio considerada siquiera como objeto susceptible de ser investigado en lo relativo a las graves violaciones a mujeres a ocurridas durante el régimen nazi en la Alemania de Hitler ni menos en lo tocante a la persecución con resultado de muerte a los homosexuales, fueran judíos o no.

Si bien las iniciativas para terminar con la discriminación de las mujeres, expresada de muchos modos en relación a la cuestión de la seguridad y paz internacional es un tema en que ha habido importantes esfuerzos¹⁰⁶⁰, no ha ocurrido lo mismo cuando hablamos de personas con *disforia de género, gays, lesbianas o bisexuales*, que también en esta materia quedan relegados, como si su condición no constituyera causa y razón de que sean en algunos casos brutalmente discriminados en el marco de los conflictos que afectan la paz, sean internos o internacionales.

Acá voy a tomar sólo un par parcelas de este ámbito en que confluyen de cierto modo algunas de las disciplinas internacionales citadas en aspectos concretos, para dar cuenta de qué está ocurriendo y cuál es el real estado de avance de la no discriminación de grupos LGTB en el marco de los conflictos, la paz y la seguridad, las cuales he elegido por entender que hay interesantes desarrollos que no han recibido suficiente atención de la doctrina especializada.

En primer lugar haré una referencia a lo que ha sido la discriminación - a veces múltiple - que padecen y que los lleva a colocarse en posición de solicitantes de la condición de refugiados y como se está recogiendo esta circunstancia desde la institucionalidad respectiva.

En segundo lugar en tanto abordaré la restricción que se observa en la labor que se viene desarrollando en esta línea desde el Consejo de Seguridad desde la Resolución 1325, preocupada como es sabido de la situación de las mujeres en el marco de la paz y la seguridad¹⁰⁶¹.

Hago presente a modo de introducción de los apartados que vienen que se trata de una aproximación ejemplificativa por su relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, disciplina que gobierna esta investigación, sentido en el cual el abordaje al tema por

¹⁰⁶⁰ Véase en el Capítulo 3° el tema “La Discriminación de Mujeres en otros ámbitos del Derecho Internacional. Conflictos, Paz y Seguridad Internacional”.

¹⁰⁶¹ La inclusión del *género* en el ámbito del nuevo tiempo para el Derecho Penal Internacional que se inaugura en la década de los noventa y las limitaciones para grupos LGTB que se descubren al analizar el *Estatuto de Roma* desde la discusión doctrinaria - tema estrechamente vinculado con esta óptica en que busco unir la seguridad internacional y la no discriminación - ha sido referido en este capítulo bajo el tema “La incorporación por la labor de normativa de otros órdenes vinculados al Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

supuesto no se agota en las referencias que ahora expondré y daría para una nueva investigación, evidentemente complementaria a la que he venido desarrollando.

5.1. Minorías sexuales como refugiados.

El asilo y la posibilidad de optar a él por parte de los refugiados, se ha convertido en estos tiempos en una posibilidad cierta y la eventual luz de esperanza para muchos y muchas personas que por diversas razones y en distintas sociedades nacionales se sienten y se saben perseguidas y envueltas en contextos represivos y desean encontrar nuevos horizontes nacionales en los cuales gozar de la seguridad y la tolerancia que se les hace esquivas en los propios. La aspiración de optar a la protección mínima que ha de dispensarse a quien se otorga la condición de refugiado, a veces mejorada incluso por derechos nacionales generosos en aumentar esa protección mínima, traducida en el reconocimiento de ciertas garantías y derechos, es entonces una cuestión nada menor en la actualidad, más aún cuando la única obligación para el refugiado es tan simple como acatar las leyes, reglamentos y medidas para el orden público adoptadas en el país de acogida como bien surge al resumir los lineamientos que se encuentran en la bibliografía consultada en relación a esta institución.

Desde su origen normativo como consecuencia de las persecuciones desarrolladas durante la Segunda Guerra Mundial en Europa¹⁰⁶², la institución del asilo y la del refugio se han ido extendiendo a contornos nunca previstos en las décadas de los años cincuenta y sesenta cuando se adoptan los tratados internacionales que articulan el sistema, la *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados* y su *Protocolo*¹⁰⁶³ y se crea el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) en 1951 por la Resolución 428 (V) de la Asamblea General de fecha 14 de diciembre de 1950, con la misión de buscar soluciones permanentes al problema de los refugiados.

Parte de estos contornos ampliados surge con la necesidad actual, recogida en el trabajo y en la normativa interna que emana de ACNUR como forma de otorgar interpretaciones a las normas legales que conforman el régimen internacional de refugiados, de concentrarse no sólo de la etapa de refugio, sino que además la etapa anterior (prevención), y en la posterior (solución duradera y

¹⁰⁶² El artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que "en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país". No consagra el derecho a obtener el asilo y nada dice la noma sobre las causas de la persecución ni sobre algún tipo de estatuto especial que deba otorgarse al perseguido, dando así la idea de que se tiene derecho a protección, de manera amplia. Esta protección podrá traducirse en algún tipo de estatuto en concreto si se reúnen los requisitos para ello.

¹⁰⁶³ La *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, de 28 de julio de 1951 y en vigor desde el 22 de abril de 1954 señala en su Artículo 1, dentro del Capítulo I: Disposiciones generales, la definición del término "refugiado" indicando que lo es toda persona : "2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1.º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. En los casos de personas que tengan más de una nacionalidad, se entenderá que la expresión "del país de su nacionalidad" se refiere a cualquiera de los países cuya nacionalidad posean; y no se considerará carente de la protección del país de su nacionalidad a la persona que, sin razón válida derivada de un fundado temor, no se haya acogido a la protección de uno de los países cuya nacionalidad posea". Por el *Protocolo* de 31 de enero de 1967 y en vigor desde el 4 de octubre del mismo año, se suprimió la referencia temporal y geográfica que contenía el artículo ya citado.

permanente), manteniendo hasta hoy la relevancia el principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados y el otorgamiento de asilo cual es el llamado *principio de no devolución* (*non refoulement*), que supone que todo solicitante de asilo, reúna o no la condición de refugiado, tiene derecho a no ser reenviado al país donde su vida o su libertad corra peligro y al que hoy se ha sumado con fuerza el llamado *principio de la unidad familiar*, fruto del dinamismo referido y en el entendido que se trata de un derecho esencial para todas las personas aplicable también en el contexto del refugio.

Asimismo, manifestación de la amplitud de la institución del refugio se da cuando en su concepto hace ya un tiempo se ha entrado a la consideración de categorías de personas en quienes no se pensó en la década del 50 y ni aún en la de los 60 como susceptibles de necesitar este estatuto especial que da la condición jurídica de refugiado¹⁰⁶⁴. De hecho, el propio ACNUR así lo ha reconocido hace unos años al señalar que no existe una “lista definitiva” de cuáles grupos pueden constituir “un determinado grupo social” para efectos de la Convención, entendiendo que el término “pertenencia a un determinado grupo social” debe leerse de una manera evolutiva, abierta al carácter variado y cambiante de los grupos en las diferentes sociedades y a la evolución de la normativa internacional de los derechos humanos.

Para el fin de este trabajo, ha entendido expresamente que los homosexuales entran en este grupo¹⁰⁶⁵ y en esa línea también se inscribe la consideración a la persecución a mujeres por razón de su *género*, respecto de quienes por cierto el principio de unidad de la familia debe ser especialmente cuidado por el rol que les cabe en contextos de infancia lactante por ejemplo.

A mi modo de ver en todo caso la mejor prueba de esta extensión es la situación de personas pertenecientes a grupos LGTB que son discriminadas, perseguidas y hostigadas, por causa justamente de esa especial y diversa *sexualidad* que manifiestan - o que a veces intentan ocultar sin éxito - debiendo huir de sus países, viniendo esta persecución además no siempre de agentes estatales sino muchas veces de particulares que hacen de su bandera de lucha esta persecución, lo

¹⁰⁶⁴ La necesidad de ampliar los límites del concepto convencional ha tenido un exitoso eco en el sistema americano desde la adopción de la llamada *Declaración de Cartagena*, de 1984, que relacionó los problemas de refugiados y aún de desplazados con las cuestiones propias de sus derechos humanos, ampliando la definición de refugiado al extender sus causas a la violencia generalizada, agresión extranjera, conflictos internos, violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias perturbadoras del orden público y fomentando el accionar de los estados, la cual ha dado paso con los años a un reforzamiento del derecho que aplica a los refugiados en este continente reflejado en la *Declaración de San José sobre Refugiados y Desplazados*, de 1994 que puso énfasis entre otros temas en los derechos sociales de estas categorías de personas y que ha servido para la concientización internacional de la necesidad de ampliar el concepto.

En otro ámbito continental como es el africano también es posible encontrar nuevos perfiles al concepto aunque acá es en un instrumento vinculante cual es la *Convención Africana reguladora de los aspectos específicos sobre problemas de Refugiados*, adoptada el 10 de septiembre de 1969 y en vigor desde el 20 de junio de 1974 que indica que el término refugiado se aplicará, además de bajo los límites de la Convención de 1951, a todas las personas que “*debido a una agresión u ocupación externa, al dominio extranjero o a acontecimientos que perturben gravemente el orden público en cualquier parte o en la totalidad de su país de origen o nacionalidad, se vean obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o nacionalidad...*”.

¹⁰⁶⁵ ACNUR, *Directrices Sobre la Protección Internacional: “Pertenencia a un determinado grupo social” en del contexto del Artículo 1A(2) de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y/o su Protocolo de 1967*, Doc. HCR/GIP/02/02, 7 de mayo de 2002, párrafos 1 a 3. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html> (último acceso: 12 de septiembre de 2010)

que constituye a esta situación en el más gráfico ejemplo de la evolución de la institución, tradicionalmente ligada a las persecuciones de origen en autoridad pública.

En efecto, la situación actual de las minorías sexuales en el mundo es crítica en lo que toca a las persecuciones de que son víctimas y se agrava por supuesto en extremo en contextos de inestabilidad y conflicto. Por la vía de la autoridad pública, hay que reconocer que muchos países violan derechos humanos esenciales basándose en criterios de *identidad de género* o de *orientación sexual*, por ejemplo, a través de asesinatos extrajudiciales, tortura y malos tratos; agresiones sexuales y violaciones por parte de funcionarios de policía o de las fuerzas de orden; intromisiones en la privacidad; detenciones arbitrarias; negación de empleo o de oportunidades educativas; o bien con respaldo normativo, no reconociendo derechos de la esfera más íntima como el que supone la posibilidad de formar una familia y vivirla o castigando las relaciones homosexuales consentidas entre adultos con pena de muerte. Por la vía de los actos de particulares, se reproducen muchas las negaciones o intromisiones en la privacidad en el marco de los procesos laborales o educativos, a todo lo cual hay que añadir el agravamiento que se produce al exaltar a veces una especie de cultura a las formas de violencia, odio, y discriminación hacia todo aquel que se muestra diferente a la mayoría en su *sexualidad*.

En ese escenario, para el año 2002 ACNUR tenía clara conciencia que el tema debía ser abordado y en ese marco garantista dio a conocer sus *Directrices sobre Protección Internacional* “*La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados*”, señalando una amplia visión de *género*, como un concepto directamente relacionado con una construcción social explicitando que: “*Con el fin de comprender la naturaleza de la persecución por motivos de género, es de suma importancia definir y hacer una distinción entre los términos “género” y “sexo”. “Género” se refiere a la relación entre hombres y mujeres basada en la identidad, las condiciones, las funciones y las responsabilidades según han sido construidas y definidas por la sociedad y la cultura, asignadas a uno y otro sexo; por otro lado, el “sexo” está determinado por condiciones biológicas. El género no es estático ni innato, pero adquiere un sentido de base social y cultural a lo largo del tiempo. Las solicitudes por motivo de género pueden ser presentadas por hombres o mujeres, aunque debido a determinadas formas de persecución, por lo general son planteadas por mujeres. En algunas circunstancias, el sexo de la persona solicitante puede marcar de forma particular la solicitud, situación a la que deberá considerar la persona encargada de la toma de decisiones. Sin embargo, en otros casos, la solicitud de protección de un solicitante de asilo no tendrá ninguna relación con su sexo. Las solicitudes por motivos de género abarcan, generalmente, los actos de violencia sexual, la violencia doméstica y familiar, la planificación familiar forzada, la mutilación*

genital femenina, el castigo por transgredir los valores y costumbres morales, y la discriminación contra los homosexuales”¹⁰⁶⁶.

Como se aprecia, en el marco de su labor este trabajo de ACNUR muestra la conciencia que existe sobre el hecho de que son las mujeres las principales víctimas y reclamantes de asilo y protección pero que ello no obsta a que los hombres también pueden presentar solicitudes y que en ambos casos a veces la reclamación no tiene que ver con su *sexo*, sino con el *género* de quien alega, lo que motiva múltiples formas como las que se describen, entre ellas la violencia sexual y, como se agrega expresamente, la discriminación contra *homosexuales*, debiendo entender que en este caso se tratará de una discriminación por estimar que la persecución se produce en virtud de la disonancia que algunos verían entre el *género* de una persona y la *preferencia sexual* que manifieste.

Efectivamente, en muchos casos la persecución tiene un fuerte elemento vinculado a la *sexualidad* y a la forma en que él o ella quieren vivirla, que puede ser de una forma opuesta a los roles socialmente establecidos y esperables, o a las expectativas de comportamiento atribuidas en ciertos contextos socio-culturales, lo que se traduce en síntesis en una conjunción de una persecución por otro motivo, que se agrava por esta disonancia.

Estas Directrices son determinantes para esta cuestión pues reconocen que históricamente la definición de refugiado ha sido interpretada a través de un marco de experiencias de hombres, lo que ha significado que muchas demandas de mujeres y *homosexuales* hayan quedado fuera en los últimos años.

Hay que tener presente que estas Directrices, si bien no son vinculantes como los tratados, sí constituyen una guía para su interpretación y en tal sentido ha dicho el ACNUR que a pesar de que en la definición convencional de refugiado no se hace referencia directa al *género*, está ampliamente aceptado que éste puede determinar o condicionar el tipo de persecución o daño por lo que la definición de refugiado, bien interpretada, cubre las reclamaciones sobre el *género*, no siendo necesario modificar el artículo para agregar un nuevo criterio¹⁰⁶⁷, recordando que la normativa convencional define al refugiado como a aquella persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de **raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas**, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él (el destacado es mío).

Esta actitud del ACNUR es en realidad bastante lógica. La *orientación sexual* y la *identidad de género* son componentes fundamentales de la formación de la identidad humana, tanto como lo

¹⁰⁶⁶ ACNUR, *Directrices sobre Protección Internacional “La persecución por motivos de género en el contexto del artículo 1 A (2) de la Convención de 1951 y/o su Protocolo de 1967, sobre el Estatuto de los Refugiados*, Doc. HCR/GIP/02/01, 7 de mayo de 2002, párrafo 3. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3d36f23f4.html> (último acceso: 12 de septiembre de 2010)

¹⁰⁶⁷ Doc. HCR/GIP/02/01, párrafo 6.

son los cuatro motivos que constituyen la base medular de la definición de refugiado: raza, religión, nacionalidad y opinión política y en tal sentido entran para estos efectos normativos en la categoría de “pertenencia a un determinado grupo social”.

En otras palabras, la definición de refugiado, de acuerdo con la universalidad de los derechos humanos, se aplica a todas las personas sin distinción de sexo, edad, *orientación sexual*, *identidad de género*, estado civil o familiar, o cualquier otra condición o características y así, las solicitudes relacionadas con la *orientación sexual* y la *identidad de género* son reconocidas entonces en la *Convención de 1951* principalmente en el motivo de “pertenencia a un determinado grupo social”, pudiendo también estar vinculadas a otros motivos, en particular, a la opinión política y a la religión, dependiendo de las circunstancias.

Esto ha sido firmado por los tribunales y cortes en diversas jurisdicciones, entre ellas en Australia, Canadá, Francia, Alemania, Nueva Zelandia, Suecia, Bélgica, Holanda, Reino Unido y los Estados Unidos como cita una autora¹⁰⁶⁸.

Sin embargo de lo explicado, el tema en sí mismo no es de fácil definición en los hechos y eso ha motivado esfuerzos adicionales del ACNUR.

Específicamente sobre las minorías sexuales ya desde abril de 1993 el Alto Comisionado para los Refugiados ha reconocido a los grupos LGTB como miembros de un grupo social especial en los términos indicados en el derecho convencional que rige a los refugiados.

Por su parte, en la publicación del año 1996 “Protegiendo a los refugiados” ACNUR dijo que “Los homosexuales pueden llegar a ser reconocidos como refugiados con base en persecución basada en la pertenencia a un determinado grupo social. Es política del ACNUR el que las personas que se enfrentan a ataques, tratamientos inhumanos o a una seria discriminación a causa de su homosexualidad, y cuyos gobiernos son incapaces o no desean protegerlos, sean reconocidos como refugiados”¹⁰⁶⁹, quedando la cuestión más clara aún en 2008 con la publicación el 21 de noviembre del documento conocido como *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, que buscó clarificar y complementar las *Directrices sobre Protección Internacional* ya citadas, proporcionando orientación en la materia para dar una mejor protección a los refugiados que responda a las nuevas necesidades operativas y cuestiones jurídicas que van surgiendo.

También como un interesante desarrollo en la materia hay que consignar el Principio 23 de los *Principios de Yogyakarta*, a los que me referiré en el capítulo 5°, que establece el derecho a procurar asilo indicando que: “En caso de persecución, incluida la relacionada con la orientación sexual o la identidad de género, toda persona tiene derecho a procurar asilo, y a obtenerlo en cualquier país. Un Estado no podrá remover, expulsar o extraditar a una persona a ningún Estado en el que esa persona pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier

¹⁰⁶⁸ LaViolette, N., “The UNHCR’S Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity”, en *ASIL Insight*, Volume 13, Issue 10, July 30, 2009.

¹⁰⁶⁹ Doc.UNHCR/PI/Q&A-UK1.PM5/, Febrero de 1996.

otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes en base a la orientación sexual o identidad de género. Los Estados: Revisarán, enmendarán y promulgarán leyes a fin de garantizar que un temor fundado de persecución por motivos de orientación sexual o identidad de género sea aceptado como base para el reconocimiento de la condición de refugiado o refugiada y del asilo; Asegurarán que ninguna política o práctica discrimine a solicitantes de asilo por su orientación sexual o identidad de género; Garantizarán que ninguna persona sea removida, expulsada o extraditada a ningún Estado en el que pudiera verse sujeta a temores fundados de sufrir tortura, persecución o cualquier otra forma de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes por su orientación sexual o identidad de género”. Como se dirá más adelante, estos Principios han venido a aportar al Derecho Internacional, aunque con carácter de *soft law*, un marco legal adecuado para interpretar los instrumentos de derechos humanos a las situaciones de los grupos LGTB y en tal contexto constituyen una ayuda a un tema de por sí factible de enredarse en su aplicación en la realidad.

En efecto, la complejidad de otorgar el estatuto de refugiado a las personas perseguidas por *orientación sexual* o por *identidad de género* radica en la dificultad de probar el “temor de persecución” que exige la definición de *refugiado*. Esto porque es evidente que los solicitantes LGTB pueden haber ocultado su *orientación sexual* en su país de origen con el fin de evitar sufrir efectos graves de las violaciones de que son víctimas y esto porque incluso puede ocurrir que las propias autoridades nacionales insten a un comportamiento “discreto” en relación a la posibilidad de expresar su sexualidad. Es por esto que la guía del ACNUR a la que se ha hecho referencia, precisa que se puede aplicar el estatuto no sólo a personas que han sido perseguidas, sino que también a las que desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución. En este caso, la persona perteneciente a minorías sexuales deberá ser evaluada para determinar si tiene un temor fundado de ser perseguida en relación a las consecuencias que traería la manifestación de su sexualidad diversa en el estado del que ha salido si es que regresara¹⁰⁷⁰. El Estado no puede esperar ni exigir que una persona cambie u oculte su identidad a fin de evitar la persecución; la persecución no deja de ser tal porque aquellos que son perseguidos puedan eliminar el daño adoptando acciones con el fin de evitarlo, como es en este caso, ocultando su *orientación sexual* por ejemplo.

Ahora, el fundado temor de persecución al que se ha hecho alusión debe decir relación con uno o más de los motivos, que no son excluyentes, que enumera la *Convención de 1951* en la definición de refugiado y que ya se han mencionado. De esta forma, las directrices de ACNUR señalan que se pueden analizar las solicitudes en términos de opinión política, religión o pertenencia a determinado grupo social¹⁰⁷¹.

¹⁰⁷⁰ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, Sección de Políticas de Protección y Asesoría Legal División de Servicios de Protección Internacional, Ginebra, 21 de noviembre de 2008, párrafo 24. Disponible en: <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/6949.pdf> (último acceso: 15 de mayo de 2010)

¹⁰⁷¹ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 29.

El término *opinión política* debe interpretarse ampliamente para incorporar cualquier opinión sobre cualquier asunto en el que puede participar la maquinaria del Estado, la sociedad o la política, lo que puede incluir las opiniones sobre orientación sexual e identidad de género, especialmente en países donde de la orientación sexual puede ser contraria a la política del país¹⁰⁷².

La *religión* puede ser un motivo cuando la actitud de las autoridades religiosas hacia las personas LGTB es hostil o discriminatoria o cuando son vistos como una ofensa a las creencias religiosas en una determinada sociedad. Cuando alguien tiene un fundado temor de persecución debido a que se considera que no se ajusta a la interpretación dada a una determinada creencia religiosa, se puede establecer un nexo con ese motivo¹⁰⁷³.

Ahora bien, como ya se adelantó, hoy el motivo más frecuente de solicitudes se formula por la vía de la *pertenencia a un determinado grupo social*. Se ha entendido entonces por alguna jurisprudencia estatal que los homosexuales - gays y lesbianas -, bisexuales, transgénero e intersex pueden constituir un determinado grupo social¹⁰⁷⁴.

Al ser la homofobia una actitud que - por lo general - no se da en forma localizada en parte de un Estado, sino que existe en el ámbito nacional, ya sea expresado en leyes o en las actitudes de la sociedad, se establece que la huida interna no se considera pertinente cuando es el Estado el agente de persecución. Cuando el actor de persecución es no estatal, se puede suponer que si el Estado no está dispuesto o en condiciones de dar protección en una parte del país tampoco estará dispuesto o con la capacidad de hacerlo en cualquier otra parte¹⁰⁷⁵.

Se debe considerar que el mayor desafío a la hora de otorgar el estatuto de refugiado a una persona LGBT es la credibilidad y la forma de la prueba. Hay que tener en cuenta que el solo hecho de identificarse a sí mismo como LGTB debe tomarse como una indicación de la orientación sexual de la persona¹⁰⁷⁶. Agrega el ACNUR que es importante a este respecto no considerar a una persona automáticamente heterosexual por haber estado casada, por tener hijos o vestirse de acuerdo a los códigos sociales imperantes¹⁰⁷⁷.

Así las cosas, el documento presentado el 2008 por ACNUR se ha considerado como un trabajo en verdad en progreso puesto que se han omitido ciertos aspectos uno de los cuales es por ejemplo la documentación que los Estados deben proveer a los LGTB. Sostiene al respecto una

¹⁰⁷² ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 30.

¹⁰⁷³ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 31.

¹⁰⁷⁴ Véase *Decision Ourbih No. 269875*, 15 de mayo de 1998 (Francia: Comisión de Apelaciones para los Refugiados), que concluyó que los transexuales pueden constituir un determinado grupo social. Esta posición fue reafirmada en la *Decision M. MB, No. 496775*, 15 de febrero de 2004 (Francia: Comisión de Apelaciones para los Refugiados). Véase, *Geovanni Hernández-Montiel v. Immigration y Naturalization Service*, 225 F.3d 1084 (9th Cir. 2000), 24 de agosto de 2000 (Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos por el Noveno Circuito) donde el tribunal reconoció que “los hombres gays con identidad sexual femenina” constituían un determinado grupo social. Disponible en: <http://www.unhcr.org/refworld/docid/3ba9c1119.html> (último acceso: 6 de julio de 2010)

¹⁰⁷⁵ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 34.

¹⁰⁷⁶ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 35.

¹⁰⁷⁷ ACNUR, *Nota de orientación del ACNUR sobre las solicitudes de la condición de refugiado relacionadas con la orientación sexual y la identidad de género*, (cit), párrafo 36.

doctrina¹⁰⁷⁸ que esta nota provee un primer mapa básico y necesario para que guíe a quienes toman las decisiones respecto a otorgar el estatuto de refugiado a los LGTB. Comparto el juicio en el sentido que la visión clásica del refugiado, ligada a la persecución por pensar diferente ha dado paso a una persecución por ser diferente y más aún, por querer expresar esa diferencia abiertamente. Lo que hay que hacer frente a esto es buscar caminos que dejen siempre la puerta abierta para solicitar protección por vía de refugio, si se dan las condiciones para ello respetando la institución en su esencia para no llegar a una posible desviación de ella¹⁰⁷⁹.

5.2. La cuestión en el marco de la labor del Consejo de Seguridad.

En lo que toca al trabajo del Consejo de Seguridad, de las resoluciones ejes en la materia para la condición de la mujer y los conflictos: la Resolución 1325 (2000); la Resolución 1820

¹⁰⁷⁸ LaViolette, N., “The UNHCR’S Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity” (*cit.*)

¹⁰⁷⁹ Un reciente caso que prueba la pertinencia de incorporar el tema de la *diversidad sexual* en la cuestión de la evolución del asilo y el refugio se ha presentado por la situación del colombiano Manuel Antonio Velandia Mora, profesor universitario, investigador social, líder fundador y defensor de los derechos de la población de lesbianas, gay, transexuales, travestis, transgeneristas y bisexuales, cofundador en 1976 del Movimiento de Liberación Homosexual de Colombia, a quien el 8 de abril de 2010 España otorgó la condición de refugiado. A raíz de múltiples amenazas de muerte contra su vida y la de su familia y luego de un atentado con una granada arrojada al jardín de su casa, Manuel Velandia decidió huir de su país y solicitar a España asilo y refugio apelando a esta discriminación por orientación sexual de su país. Velandia llegó a España el 17 de enero de 2007 y su caso de asilo se presentó por medio de la Cruz Roja Española, en San Sebastián con acompañamiento de CEAR (Comisión Española de Ayuda al Refugiado) en Euskadi y el apoyo de Gehitu (Asociación LGBT del País Vasco), presentándose el 22 de febrero de 2007 en la Jefatura superior de la Comisaría Provincial de San Sebastián, Unidad Provincial de Extranjería y Documentación de la Dirección General de la Policía. El 23 de marzo de 2007 se le informó que se había aceptado a trámite el caso y se le entregó el documento NIE (número de identificación de extranjeros), con el que además se le autorizaba a trabajar, pero no se le concedía la posibilidad de salir del país. La resolución de refugio y asilo fue expedida en Madrid el 8 de abril de 2010. La Subdirección General de Asilo, Oficina de Asilo y refugio, de la Dirección General de Política Interior del Ministerio del Interior de España reconoció a Manuel Antonio Velandia Mora la “condición de refugiado y el derecho de asilo” La condición y el derecho de asilo le fueron concedidos de conformidad con la Ley de Asilo vigente a la fecha en España y de conformidad con la *Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados*. Según la Ley de Asilo, “*el derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967*”. En esta misma ley se indica que la condición de refugiado “*se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión*”. En los “Motivos de persecución” contemplados en la Ley española de asilo se considera que el concepto de opiniones políticas comprenderá, en particular, la profesión de opiniones, ideas o creencias sobre un asunto relacionado con los agentes potenciales de persecución y con sus políticas o métodos, independientemente de que el solicitante haya o no obrado de acuerdo con tales opiniones, ideas o creencias. Igualmente se considera que un grupo constituye un grupo social determinado si en particular dicho grupo posee una identidad diferenciada en el país de que se trate, por ser percibido como diferente por la sociedad que lo rodea o por el agente o agentes perseguidores. En función de las circunstancias imperantes en el país de origen, se incluye en el concepto de grupo social determinado un grupo basado en una característica común de orientación sexual o identidad sexual o edad. Es esta última disposición perteneciente al ordenamiento jurídico español, la que permite que se otorgue el estatuto de refugiado a las personas pertenecientes a grupos LGTB, sin que la tarea del juzgador sea tan compleja como podría ser en caso de ausencia en la normativa interna. Sin embargo, la dificultad permanece en la forma de acreditar la pertenencia a este grupo y el fundado temor de persecución.

La normativa española de asilo, Ley 5/1984, de 26 de marzo de 1984, *reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado* (modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo de 1994, que suprimió la diferencia de regulación entre asilo y refugio, restringiendo la posibilidad de obtener el asilo exclusivamente a quienes reúnan la condición de refugiado según la Convención de Ginebra de 1951 y el Protocolo de 1967) fue derogada recientemente dando paso a una nueva legislación, la Ley 12/2009 de 30 de octubre de 2009, *reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria*, que perfecciona la legislación dentro de los márgenes fijados por las Conclusiones de Tampere de 1999 y las directivas del ámbito comunitario europeo, estableciendo un procedimiento con más garantías y reforzando la protección de niños, mujeres, transexuales, homosexuales y discapacitados; desarrollado de mejor manera la protección subsidiaria; garantizando la presencia de ACNUR en todo el proceso; regulando de mejor manera las condiciones materiales de acogida de las personas solicitantes o beneficiarias de protección internacional; y preocupándose especialmente de la reagrupación familiar; aunque dejando fuera a los ciudadanos de la Unión Europea y eliminando la vía diplomática para la presentación de la solicitud, dos modificaciones de carácter más bien restrictivo aunque la primera encontraría su fundamento en la concepción de “países seguros” con que se trabaja en el ámbito comunitario en relación al asilo y que supone que estos países son seguros, es decir, estados que son incapaces de generar refugiados.

(2008); Resoluciones 1888 y 1889 (2009) y Resolución 173 (2010) poco o nada puede sacarse para considerar que la condición de una mujer con *disforia de género* o *lesbiana* pueda estimarse como una agravante y generadora de discriminación múltiple en el eje de la seguridad y la paz, ni tampoco se encuentran referencias expresas sobre una estimación de la *orientación sexual* de *gay* o *bisexual* como una particular condición de mayor vulnerabilidad en el marco de conflictos, sean internos o internacionales.

La Resolución 1325, considerada como la primera resolución de este órgano que toma realmente en cuenta la especial condición de la mujer y la afectación que ella padece tanto durante como luego de producido el conflicto armado usa la expresión *género* y refiere a la Declaración de Namibia señalando en el párrafo 13 respecto de los ex combatientes y para efectos de las reconstrucciones posteriores al conflicto que se debe tener en cuenta su “*género femenino o masculino*”.

Sin embargo, en realidad considera sólo el tema de la condición femenina pues más abajo, en el párrafo 15, lo deja claro al señalar que las misiones del Consejo de Seguridad deben tener en cuenta “*las consideraciones de género y los derechos de la mujer...*” lo que lleva a deducir que al año 2000 en el sistema de Naciones Unidas *género* seguía haciéndose sinónimo de los asuntos de las *mujeres*.

Ya en el 2008 en la que se considera es su continuadora, la Resolución 1820, se hace un uso más amplio de la expresión que quiere referir a las víctimas. En vez de mujer, se lee en el texto “*civiles*”.

En 2009 otras resoluciones fueron adoptadas sobre la materia, constatando en ellas la omisión de toda referencia a mujeres *transgéneros* o *lesbianas*, ni aún cuando se busca establecer claramente que existen ciertos grupos más vulnerables que otros en situación de conflicto. Ejemplo es la Resolución 1894¹⁰⁸⁰ que en su párrafo 32 usa la expresión “*...otros grupos vulnerables...*” luego de enumerar a refugiados, los desplazados internos, las mujeres y a los niños, a propósito de la solicitud al Secretario General que, en los informes que le presente sobre la situación de países concretos, incluya información más exhaustiva y detallada acerca de la protección de los civiles en los conflictos armados, incluidos los incidentes registrados al respecto y las medidas adoptadas por las partes en un conflicto armado para cumplir sus obligaciones de respetar y proteger a la población civil, con información específica sobre las necesidades de protección de tales categorías de personas.

Hay que hacer notar en todo caso que si bien el trabajo se ha hecho girar por el Consejo de Seguridad de la ONU en torno a los problemas de discriminación de todo orden que padecen las mujeres en el marco y como consecuencia de los conflictos, se tiene alguna conciencia de que los hombres también pueden ser víctimas de esto, por su *género*, y en directa relación con lo que son las construcciones sociales de un cierto *rol de género*.

¹⁰⁸⁰ Doc. NU S/RES/1894 (2009)

En el Informe elaborado por el SGNU en conformidad a la Resolución 1325 y que viene a ser el marco teórico de este tema se señala en el párrafo 59 que “*Men and adolescent boys are also subject to gender-based and sexual torture. The sexual abuse, torture and mutilation of male detainees or prisoners is often carried out to attack and destroy their sense of masculinity or manhood. Abuse and torture of female members of a man’s family in front of him is used to convey the message that he has failed in his role as protector. These forms of humiliation and violence take on powerful political and symbolic meanings. The deliberate initiation and endorsement of these acts by military commanders and political leaders underscores the significance of these acts as more than random assaults*”¹⁰⁸¹, sin embargo, parece que el tema no pasa de ser así considerado como una constatación, sin que se plasme en desarrollos decisivos en la materia, quedando reflejada además la visión del *rol* que tienen los hombres - el de protector - lo que sigue abonando a la falta de un mejor entendimiento sobre los roles y estereotipos.

La ausencia entonces se evidencia en el trabajo normativo que surge desde el Consejo pero no es tan clara en aquel que viene desarrollando el Secretario General en su rol con la cuestión.

Así, en su Boletín con normas detalladas en que se prohíben la explotación y el abuso sexuales y que son obligatorias para todos los funcionarios de las Naciones Unidas, cualquiera que sea su tipo de nombramiento, se define para los efectos del presente boletín, la expresión “explotación sexual” como referida a “*todo abuso cometido o amenaza de abuso en una situación de vulnerabilidad, de relación de fuerza desigual o de confianza, con propósitos sexuales, a los efectos, aunque sin estar exclusivamente limitado a ellos, de aprovecharse material, social o políticamente de la explotación sexual de otra persona. De modo análogo, la expresión “abuso sexual” se refiere a toda intrusión física cometida o amenaza de intrusión física de carácter sexual, ya sea por la fuerza, en condiciones de desigualdad o con coacción*”¹⁰⁸². El uso de la expresión “otra persona” da pie a un entendimiento en clave de asumir que si bien las mujeres y niñas son el grupo primordialmente más expuesto a esta violencia por el funcionariado de las operaciones de paz de Naciones Unidas¹⁰⁸³, lo cierto es que no es un fenómeno que no pueda afectar también a hombres y, por tanto, a todo ser humano, cualquiera sea su *sexo*, su *género* o su *orientación sexual*.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO.

Por medio de este capítulo he querido mostrar que existe una creciente preocupación desde el orden jurídico internacional por reconocer de manera cada vez más expresa que la *orientación sexual* y la *identidad de género*, son criterios en virtud de los cuales las personas pueden ser discriminadas, en esferas públicas o privadas, y sea tanto por parte de agentes estatales como por

¹⁰⁸¹ *Women, Peace and Security*, Study submitted by the Secretary-General pursuant to Security Council resolution 1325 (2000) United Nations, 2002.

¹⁰⁸² Doc. NU ST/SGB/2003/13, Sección 1.

¹⁰⁸³ Doc. NU ST/SGB/2003/13, Sección 3, párrafo 3.2.

parte de actos de privados, debiendo el Derecho internacional intervenir tal y como lo hace cuando la discriminación se produce por razón de raza, color, lengua, u otra causa, sin motivo ni causa objetiva o razonable para la distinción.

Esta preocupación es en todo caso insuficiente y prueba de ello es que tales desarrollos son notoriamente inferiores en número y en eficacia frente a aquellos logrados en otros casos, especialmente si se hace un análisis comparativo con la condición de la mujer - mirada en abstracto y sin sus especiales características - que desde siempre ha preocupado a las Naciones Unidas.

En efecto, no hay desarrollos normativos vinculantes ni tampoco una institucionalidad que acoja esta temática dentro del trabajo institucional a favor de los derechos humanos con una perspectiva amplia, holística y sobre todo integradora de lo que implica para un ser humano vivir su sexualidad plenamente.

Y así como no existen estos desarrollos en el ámbito de los derechos humanos, este capítulo también ha buscado mostrar que las diversas identidades sexuales no han recibido aún la consideración que ameritan en el trabajo a favor de la paz y el mantenimiento de la paz, siendo en todo caso el ámbito del Derecho de los Refugiados uno en que se empiezan a ver luces que van dejando atrás las sombras.

CAPITULO QUINTO

LA IMPORTANCIA DEL *SOFT LAW* EN EL TRATAMIENTO DE LA DISCRIMINACION POR ORIENTACION SEXUAL E IDENTIDAD DE GENERO

INTRODUCCION AL CAPITULO.

Este capítulo presenta, desde la realidad de ineficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aquellos problemas que sustentan esta ineficacia en la práctica y luego aquellos instrumentos relevantes de derecho blando o *soft law*, que se han desarrollado como forma de mejorar las falencias de este orden normativo a la hora de regular ciertas situaciones que tienen que ver con la *sexualidad humana*, en una presentación que busca atribuirles algún valor, especialmente a aquellos que emanan de actores estatales y otros sujetos internacionales, lo que implica la adopción de una posición que asume que no todo aquello que se da en llamar *soft law* ha de considerarse como “no derecho” sino que lo mira como elemento coadyuvante a las manifestaciones formales que dan vida a esta disciplina.

Pese a haber considerado varios instrumentos que no son estrictamente derecho formal en los capítulos anteriores - como las observaciones o comentarios generales de los Comités o los informes que emanan del Secretario General o del ECOSOC - he decidido incluir este capítulo como uno aparte especialmente para tratar aquellos instrumentos de *soft law* que han nacido de forma independiente y sin vinculación normativa a un tratado o acuerdo internacional de derechos humanos (o sin una indispensable vinculación normativa) para ayudar en el desarrollo de la lucha anti discriminatoria que se rinde actualmente por *lesbianas, gays, transexuales y bisexuales* en muchas partes del mundo.

Previo a la muestra de los principales instrumentos no vinculantes en la no discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual*, haré una representación de lo que es en realidad el *soft law* como concepto, lo que entiendo resulta absolutamente necesario para contextualizar su importancia.

1. LOS PROBLEMAS DE ADAPTACION DEL DERECHO INTERNACIONAL EN CUANTO ORDEN JURIDICO.

Como he anunciado en el capítulo anterior, mi adscripción a una concepción normativa del Derecho que lo concibe como un *sistema de normas o reglas de conducta que determinan como debemos comportarnos* supone que éste necesita conocer cómo es la sociedad para elaborar aquellas normas que buscan indicar cómo *debería ser* nuestro comportamiento, con el objetivo de que

realmente logren su fin de bien común para la sociedad a través de la influencia en el comportamiento de los individuos, grupos y, en la lógica del Derecho Internacional, de los estados y las organizaciones internacionales en cuanto primeros y plenos sujetos, y de los seres humanos en cuanto se les hace partícipes desde 1945 de un espacio determinado y restringido en los derechos y obligaciones creados por este orden jurídico.

Considerando esta premisa estimo que no hay que mirar al Derecho Internacional en una perspectiva que lo defina sólo en clave de derecho positivo. Me gusta la idea de dar una mirada amplia que integra en la definición una aproximación valórica y también histórica-sociológica, opción bajo la cual los análisis interdisciplinarios son necesarios para conocer el fenómeno o realidad que se va a regular y luego interpretar por los distintos operadores.

De este modo y en concreto al tema general que está en la base de la no discriminación que se trata en esta tesis - la *sexualidad humana* - el estudio de la sociedad es muy relevante para el Derecho y su evolución y tiene que servir a los operadores jurídicos - internos e internacionales - a la hora de adoptar decisiones, sea en el plano normativo o sea en el plano institucional.

En ese sentido y en el tema de la *sexualidad* sin duda parece ser que existe una brecha entre los avances sociales y la regulación de muchos aspectos vinculados a ella, en el marco de lo que es el discurso jurídico internacional (normativo, institucional y jurisprudencial) sobre derechos humanos de los últimos sesenta años, lo que hace a la calificación del Derecho que existe en la materia como un derecho inadecuado y poco eficaz en muchos aspectos.

Se trata entonces este campo de uno donde el problema de adaptación del contenido del derecho a la realidad se torna especialmente importante.

Ahora bien, en ello tienen decisiva influencia las especiales características del Derecho Internacional en cuanto orden jurídico, desde su carácter no formalista hasta la particular condición heterogénea de los sujetos internacionales, pasando por su relativismo y la descentralización del sistema para la tutela de su cumplimiento, con todo y los avances que ha experimentado este derecho en los últimos años.

En efecto, el Derecho Internacional ha evolucionado desde un derecho llamado *clásico*, en que la única preocupación eran las relaciones entre estados o entre grupos humanos "*organizados, diferenciados e independientes*"¹⁰⁸⁴ a un conjunto de reglas que regulan las relaciones de nuevos actores que actúan más allá de las fronteras nacionales.

En otras palabras, desde un orden normativo en que los únicos sujetos eran los Estados, ya sea con la forma que hoy conocemos o en sus orígenes (polis griega, imperio romano, etc.) organizados bajo el gran principio de la época: el de la soberanía absoluta de los mismos, fundamentalmente a partir de 1945 se asiste al desarrollo de lo que se conoce como *Derecho Internacional Contemporáneo*, en que los sujetos ya no son únicamente los estados soberanos sino

¹⁰⁸⁴ Truyol y Serra, A., *Historia del Derecho Internacional Público*, Versión española de Paloma García Picazo, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998, p.16.

también los organismos internacionales y de manera parcial el individuo, llegándose incluso a mirar con algún grado excesivo de visión que podrían llegar a ser sujetos internacionales - más limitadamente aún - la humanidad entera, los pueblos, algunas minorías y hasta las empresas transnacionales, por ejemplo.

Este sentido de cambio se refleja en la triple caracterización que hace el profesor español Pastor Ridruejo cuando indica que “...la sociedad internacional que empezó a configurarse tras 1945 postula...una concepción distinta del Derecho Internacional. Es la concepción del Derecho Internacional Contemporáneo, que sería un ordenamiento jurídico de carácter social, institucionalizado y democrático”¹⁰⁸⁵.

Las nuevas preocupaciones que existen hoy para el Derecho Internacional, como la protección del individuo y los pueblos y su desarrollo integral, constituyen lo que llama el carácter “social” de este ordenamiento.

Por su parte, la “institucionalización” es un rasgo que se ha desarrollado con creces a partir de 1945 y la Organización de Naciones Unidas que de alguna manera limita las competencias soberanas de los Estados. Sobre este tema y aunque es indiscutible, me parece conveniente recordar que con todo el carácter o vocación cuasi universal que pretende la Organización, es claro que ella no fue en sus orígenes, no ha sido y difícilmente será, un ente que tenga competencias legislativas o jurisdiccionales. En efecto, las resoluciones de su Asamblea General no tienen por regla general fuerza vinculante y prácticamente ninguno de los graves conflictos de la última década en el mundo ha sido resuelto por la Corte Internacional de Justicia. Sólo respecto del Consejo de Seguridad y la mayoría de sus decisiones se podría considerar algo parecido a un germen de “poder legislativo” si consideramos el artículo 25 de la Carta¹⁰⁸⁶ y por cierto lo que ha sido la interpretación amplia del concepto de “seguridad internacional” que lo ha llevado a establecer dos tribunales internacionales y adoptar algunas medidas que bien podrían considerarse en ese carácter de “legislativas”.

Finalmente, la “democratización” que refiere el profesor Pastor Ridruejo se observa por ejemplo en el hecho cada vez más frecuente y derivado de las dos características anteriores, que se busque que en las materias a resolver y regular sean considerados no sólo los intereses de las grandes potencias sino también de los países más pequeños y con mayor grado de interdependencia.

Este último rasgo por cierto no debe mirarse de forma aislada.

Si bien lo comparto, es innegable que la desigualdad *de facto* entre los estados traduce en ilusión la igualdad *de iure* que tanto se predica en foros internacionales y hace difícil una verdadera “democracia internacional” de la cual se puede considerar una manifestación interesante el proceso de creación y aplicación normativa.

Efectivamente, para nadie que se aproxime al estudio del Derecho Internacional resulta una novedad o una sorpresa la disociación clara y evidente que existe entre la realidad de los estados en

¹⁰⁸⁵ J.A Pastor Ridruejo, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (cit.) p.61.

¹⁰⁸⁶ “Los miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta”.

cuanto principales sujetos y la creación y aplicación del orden normativo, tanto en la parte sustantiva de las normas (su contenido) como en la parte procesal de ellas (su forma).

Sus diferencias de todo tipo, económicas, históricas, religiosas, geopolíticas, y culturales en un amplio sentido se proyectan en el mundo del Derecho Internacional en estos tiempos con más fuerza que nunca.

Si a esta realidad se adicionan la multiplicidad de factores que en el caso de la *sexualidad* y específicamente de la *identidad de género* y la *orientación sexual* se conjugan para ponerlos en discusión en clave de derechos, la cuestión no resulta en una fácil ecuación para los países mirados como un colectivo que debería normar con la pretensión que sea para todos o al menos para los grupos más afines entre sí.

En efecto, hay condicionantes de tipo social, político, moral, religioso o cultural que se conjugan cuando se mira a las relaciones humanas que tienen que ver con este ámbito de la *sexualidad* y sus múltiples formas de manifestarse en los distintos contextos sociales e instituciones que dan vida a los estados modernos, que hacen que el establecimiento de marcos jurídicos adecuados y efectivos no sea un tema fácil de abordar en las instancias internacionales, especialmente cuando se quiere entrar a temas de *identidad de género* y *orientación sexual* como ya he indicado y como lo prueban muchos hechos de la realidad mundial.

Famosa y criticada ha sido por ejemplo la frase del presidente iraní Mahmoud Ahmadinejad en su visita el 24 de septiembre de 2007 a la Universidad de Columbia en Estados Unidos afirmando que “No tenemos homosexuales como en vuestro país. No sufrimos eso en nuestro país....”¹⁰⁸⁷, la cual contradijo abiertamente luego de su reelección en junio de 2009 al declarar frente a los reclamos de fraude de parte de sus oponentes que estos eran capaces de “reconocer legalmente a ladrones, homosexuales y vagos”¹⁰⁸⁸. Con ello agudizó la distancia que existe entre los islamistas integristas que condenan la homosexualidad (o la niegan) y una parte del mundo que mira con buenos ojos los intentos para buscar un marco regulatorio más allá de las fronteras estatales para los casos en que se dan masivas violaciones de derechos humanos a minorías sexuales o aún se sigue considerando esta condición en el marco de las legislaciones penales internas¹⁰⁸⁹.

En otro hecho también relativamente reciente, el Presidente de Burundi, Pierre Nkurunziza firmó el 22 de abril de 2009 la ley que penaliza hasta con dos años de cárcel las relaciones

¹⁰⁸⁷ Fuente: <http://www.infobae.com/contenidos/339364-100799-0-Ahmadinejad-En-Ir%C3%A1n-no-tenemos-homosexuales-como-los-Estados-Unidos> (último acceso: 17 de junio de 2009)

¹⁰⁸⁸ Fuente: http://noticias.universogay.com/el-presidente-de-iran-sin-quererlo-admite-la-existencia-de-gays-en-su-pais_20062009.html (último acceso: 21 de junio de 2009)

¹⁰⁸⁹ En mayo de 2009 la Asociación Internacional de Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex (ILGA) ha presentado el Informe “Homofobia de Estado. Un Informe Mundial sobre las leyes que prohíben la actividad sexual con consentimiento entre personas adultas”, elaborado por el sueco Daniel Ottosson. En este Informe se da cuenta de que existen 80 países en que homosexualidad es ilegal y en 5 de ellos puede llegar a ser castigada con la pena de muerte (Irán, Mauritania, Arabia Saudí, Sudán y Yemen). Fuente: http://www.ilga.org/statehomophobia/ILGA_Homofobia_de_estado_Mayo_2009.pdf (último acceso: 17 de junio de 2009) Por su parte, la Organización Human Right Watch ha presentado en agosto de 2009 su Informe “Por el mismo camino, por caminos diferentes. El activismo en torno a la orientación sexual y la identidad de género en el mundo” que, a partir de un estudio cuantitativo llevado a cabo por medio de entrevistas en distintas zonas geográficas del globo (Africa Subsahariana, Medio Oriente y Norte de Africa, Europa del Este y Asia Central, Asia y el Pacífico, América Latina y el Caribe) plantea los patrones de abuso, los desafíos y oportunidades y lo que están haciendo los movimientos activistas en torno a la identidad de género y la orientación sexual. Fuente: <http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/lgbt0509spweb.pdf> (último acceso: 24 de agosto de 2009)

homosexuales, contrariando la tendencia mundial que va en el sentido opuesto. Esto ha venido a ocurrir en un país con mayoría católica y en que se debate entre defender ciertas convicciones morales estimadas esenciales e integrarse a la institucionalidad internacional que aboga por la promoción y protección de los derechos humanos. En efecto, en los últimos años se han adoptado medidas para adoptar en los órdenes jurídicos internos conceptos como genocidio, crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra, ratificando incluso en 2004 el *Estatuto de Roma* y recientemente el estado ha sido reconocido por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por sus avances en el proceso de paz que se lleva adelante tras el cese del fuego firmado en mayo de 2008¹⁰⁹⁰, mientras una parte de la población, con apoyo del partido gobernante realizó una bullada marcha pública en la ciudad de Bujumbura en marzo de 2009 para pedir la penalización de las conductas homosexuales. El presidente de ese partido señalaba en apoyo a la manifestación que protestaban para: “apoyar la opinión de la mayoría de los ciudadanos burundianos” que piensan que “la homosexualidad debe ser castigada por ley”. En la misma línea sentenció: “La homosexualidad es un pecado. Es algo que ha sido importado a nuestra cultura para ensuciar nuestras moralidades, es practicada por gente inmoral”¹⁰⁹¹. Como se aprecia, hay una conjunción de condicionantes a la hora de hablar de homosexualidad en este país de Africa Oriental, escapando el enfoque a la sola mirada de derechos.

En esta cuestión de la complejidad de factores que se conjugan en torno a las principales manifestaciones de la *sexualidad humana* y que he graficado con estos dos países como ejemplos radica a mi entender que los más importantes desarrollos que tienden a establecer un marco para la no discriminación concretamente por *identidad de género* u *orientación sexual* carezcan de real fuerza vinculante.

Dicho en otros términos, en esta cuestión radica el hecho de que los más relevantes desarrollos a favor de la no discriminación desde un punto de vista sustantivo no entran en el tradicional esquema que clasifica las fuentes del derecho internacional y no pueden en realidad considerarse Derecho Internacional Positivo, surgiendo en forma paralela a los sistemas de protección de derechos humanos que forman el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a pesar que se pretenda que están bien integrados en tales sistemas.

Desde luego esta constatación no significa que no existan adecuados medios de real carácter jurídico y fuerza vinculante. El capítulo que precede a este ha tratado justamente de mostrar estos desarrollos que, aunque insuficientes, son claramente parte del marco clásico de las fuentes del derecho internacional, es decir, se insertan bien en el conocido esquema de fuentes que toma por principales a la costumbre y a los tratados (y los principios generales de derecho), y como medio auxiliar, siguiendo al artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* a las decisiones

¹⁰⁹⁰ <http://www.afrol.com/es/articulos/33504> (último acceso: 17 de junio de 2009)

¹⁰⁹¹ Fuente: http://noticias.universogay.com/burundi-una-multitud-salio-a-la-calle-para-pedir-castigo-legal-contray-lesbianas_09032009.html (último acceso: 17 de junio de 2009)

de los tribunales internacionales y la doctrina de los publicistas¹⁰⁹², aún cuando bien debe dejarse establecido que en realidad las únicas fuentes autónomas son la costumbre y los tratados puesto que los principios generales de derecho a que se refiere la norma son en realidad principios comunes a los derechos internos y al derecho internacional y que existen una serie de instrumentos, emanados por ejemplo de las órganos de vigilancia de los tratados, cuya conexión con las normas convencionales es indudable e inexcusable si se quiere buscar cómo se regula una cierta materia en el mundo jurídico internacional de los derechos humanos.

No obstante ello y la utilidad real de los tratados o la jurisprudencia internacional por ejemplo a la hora de encontrar mecanismos para luchar contra violaciones de derechos por causa de *identidad de género* u *orientación sexual*, lo cierto es que hay muchos medios en sustancia más efectivos que salen de ese clásico esquema al que parecen no llegar con fuerza suficiente los defensores de estos criterios de discriminación y es lo que entiendo entra en este calificativo de *soft law*, que hago sinónimo de “derecho blando”.

Ahora bien, si como digo estos mecanismos jurídicos existen y han sido útiles a muchas cuestiones específicas como he intentado mostrar en el capítulo referido a ellos, lo cierto es que tampoco se trata de instrumentos o medios que sean tan *hard*, permitiéndome aquí usar una terminología que siga esta línea de llamar *soft* a aquellos medios que no son estrictamente vinculantes y que se dan en llamar “no derecho” por quienes le restan toda eficacia, criterio por cierto que como he anunciado no comparto.

En efecto, desde el solo punto de vista jurídico hay que decir que conspira contra la real efectividad de tratados garantistas la enorme cantidad de mecanismos de flexibilidad para los pactos que se pueden encontrar, tanto en el ámbito general del propio derecho internacional, como en el propio derecho internacional convencional, comprendiendo dentro de éstos últimos aquellos que operan *ab extra*, como las reservas y las declaraciones interpretativas; o *ab intra* del propio tratado, como lo son todas aquellas técnicas de flexibilización a partir de la inclusión de cláusulas que limitan o varían el contenido obligatorio¹⁰⁹³.

De estos mecanismos hay dos que me parecen especialmente relevantes en el marco de la no discriminación por *sexo*, *identidad de género* u *orientación sexual*.

Las reservas y las declaraciones interpretativas - mecanismos *ab extra* dentro del derecho internacional convencional - se han convertido en una buena forma de “flexibilizar” el contenido de los tratados. Lo mismo se puede decir en este sentido de las estipulaciones que los estados introducen a los tratados con el objeto de matizar y suavizar la prescripción convenida y su juego a

¹⁰⁹² El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia señala “1. La Corte, cuya función es decidir conforma al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las controversias internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los estados litigantes. b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho. c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas. d. las decisiones judiciales y la doctrina de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59. 2. La presente disposición no restringe la facultad de la Corte para decidir un litigio *ex aequo et bono*, si las partes así lo convinieren”.

¹⁰⁹³ El tema ha sido tratado bajo este esquema analítico en Martín, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

partir de la teoría del “margen de apreciación nacional” - mecanismos *ab intra*, llamados de diversa forma - y no precisamente en una línea que vaya a ponerse a tono con los desarrollos sociales sino precisamente para lo contrario: para intentar a veces mantener una voluntad estatal (o gubernativa) determinada a un cierto momento y que pretende imponerse como la cierta y exclusiva voluntad a seguir y respetar.

Si a ello se suma la cuestión de las relaciones entre el Derecho Internacional y los derechos internos y cómo se recepciona el primero en los segundos en los distintos ordenamientos, la cuestión se complejiza aún más al analizar la efectividad, especialmente cuando se trata de normas *non self executing* cuando los estados no cumplen los mandatos para la adecuada ejecución.

Este tipo de situaciones de carácter jurídico hace que el principio de subsidiariedad o complementariedad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos tenga una vida bastante fecunda, mucho más de lo que debería ser si se considerara que el primer y principal obligado a respetar los derechos tienen que ser los estados y mucho más de la que debería ser considerando los problemas de efectividad que he venido relatando.

Así las cosas, con todo y estos reparos, no puedo más que estimar que tales mecanismos - las reservas y declaraciones, o la incorporación de estipulaciones que “rebajen” la obligatoriedad para el estado - sin duda ayudan a que el derecho se adapte a la realidad cambiante que busca regular sin llegar a afectar el proceso mismo de formación y génesis normativa¹⁰⁹⁴ y en esa lógica no deben desecharse. Las reservas, por ejemplo, son indiscutidamente un interesante y útil instrumento en la vida del Derecho Internacional si se usan con un buen espíritu.

Ahora bien, en esa perspectiva que mira a su utilidad, claramente son dos las parcelas del Derecho Internacional en que se necesitan y juegan estos mecanismos sus mejores partidos: el ámbito económico y su ligazón con el medio ambiente; y el de los derechos humanos.

En este último mundo, el de los derechos humanos y su recepción en el derecho internacional, es donde la cuestión de la *sexualidad humana* se presenta claramente como aquel aspecto de mayor oposición en algunas sociedades con el recurso a esos mecanismos o al uso y abuso de conceptos vagos e imprecisos.

En el siguiente apartado presentaré evidencias de cómo tales mecanismos de flexibilidad conspiran en la realidad para una protección adecuada de la no discriminación por *sexualidad* por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Sigo en esta parte el esquema doctrinario que he anunciado, distinguiendo por un lado lo que son las reservas y las declaraciones interpretativas, y por otro, el llamado “margen de apreciación nacional” como una forma manifiesta de un mecanismo de flexibilidad *ab intra*, y en ambos casos situada en lo que son los mecanismos de flexibilización de los efectos de los tratados que son propios del derecho internacional convencional¹⁰⁹⁵.

¹⁰⁹⁴ Martin, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, p. 233.

¹⁰⁹⁵ Me refiero al esquema analítico propuesto en Martin, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales* (cit.).

1.1. Las Reservas y las Declaraciones Interpretativas.

Hacia los primeros años de la década de los noventa fue cuando comienza por fin una preocupación por abordar el tema de las reservas a los tratados¹⁰⁹⁶ y, específicamente, por la cuestión de las reservas a tratados de derechos humanos¹⁰⁹⁷.

El punto de arranque a nivel institucional en Naciones Unidas fue la Observación General N° 24 formulada por el Comité de Derechos Humanos el 4 de noviembre de 1994¹⁰⁹⁸, justamente para abordar esta materia a partir de la constatación de que a esa fecha se habían formulado 150 reservas al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*¹⁰⁹⁹, con un diferente alcance: algunas destinadas a excluir la obligación de establecer derechos allí contemplados; otras más generales para dar preeminencia a disposiciones del derecho interno; otras para limitar la competencia del órgano de vigilancia¹¹⁰⁰.

En criterio del Comité, los tratados sobre derechos humanos necesitan un tratamiento diferente en esta materia y las reglas de Viena no son aplicables pues no se trata simplemente de establecer obligaciones entre estados, sino respecto de las personas bajo jurisdicción estatal.

Ahora bien, considerando la relevancia de la discusión, ella no ha servido sin embargo para evitar el uso (y a veces abuso) de un mecanismo que busca reducir la efectividad de los acuerdos vinculantes de derechos humanos que justamente cuando toca a la *mujer*, al *género* o a la

¹⁰⁹⁶ En 1993, durante su 45° Período de sesiones la Comisión de Derecho Internacional incorporó en su agenda de trabajo el tema “El Derecho y la práctica en materia de Reservas a los Tratados”, decisión que la Asamblea General hizo suya por Resolución 48/31 de 9 de diciembre de ese año. Al año siguiente en su 46° Período de Sesiones se nombró como Relator Especial al jurista Alain Pellet quien el año 2008 presentó su 13° Informe (Doc. A/CN.4/600) que se refiere a las reacciones a las declaraciones interpretativas. Esto es consecuencia de que bajo el marco del tema ahora llamado “Las Reservas a los tratados” se viene trabajando también sobre las declaraciones interpretativas, su práctica y las consecuencias que puede tener para su autor y para los demás miembros de la sociedad internacional. Hay que apuntar asimismo que el tema de las reservas a los tratados estuvo ausente mucho tiempo de las discusiones jurídicas con el recurso a que las reglas las daban los artículos 19 al 23 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados celebrados entre Estados*, sin embargo, cuando el tema pasó a especificarse en las reservas a los tratados de derechos humanos el sentir mundial empezó a hacerse presente y a generar un debate por las consecuencias en las diversas formas de entender el objeto y fin de cada tratado y la compatibilidad o no con éste de algunas reservas.

¹⁰⁹⁷ Hace mucho tiempo ya que el tema de las reservas y las declaraciones interpretativas a los tratados de derechos humanos es uno que viene discutiendo la doctrina especializada y ha sido incluso incluido en el marco de los trabajos que sobre reservas a los tratados viene haciendo la Comisión de Derecho Internacional desde el año 1993. En el marco del trabajo del Relator Pellet se ha establecido como una directriz a seguir que “Para apreciar la compatibilidad de una reserva con el objeto y fin de un tratado general de protección de derechos humanos, habrá que tener en cuenta el carácter indivisible, interdependiente y relacionado entre sí de los derechos en él enunciados, así como la importancia que tenga el derecho o la disposición objeto de la reserva en la estructura general del tratado y la gravedad del menoscabo que le causa la reserva”. Véase el Informe de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, correspondiente al 60° período de sesiones del año 2008 (Doc. A/63/10) que contiene el texto del llamado “Proyecto de Directrices sobre las Reservas a los Tratados aprobado provisionalmente hasta ahora por la Comisión”. Tal vez la fórmula más adecuada sería la que se ha seguido en el *Estatuto de Roma* que crea la Corte Penal Internacional, prohibiendo la realización de reservas buscando caminos para evitar que los estados “sorteen” dicha prohibición por vía de declaraciones interpretativas que muchas veces buscan en realidad producir el efecto jurídico de una reserva, es decir, excluir al estado de que se trate de la aplicación de una determina norma o de toda una parte de un acuerdo vinculante pero evitando las opciones que el sistema de reservas de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* de 1969 establece respecto de las reservas, en los artículos 19 y siguientes, texto que por cierto omite cualquier referencia a las declaraciones a los tratados, las que podrían interpretarse al amparo de considerarse un acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación de un tratado, por el artículo 31.3 a) de la misma *Convención de Viena*. De no lograrse el acuerdo para prohibir las reservas una fórmula mejor a mi entender sería la seguida por el *Convenio Europeo de Derechos* que en su artículo 57 prohíbe las reservas de carácter general.

¹⁰⁹⁸ Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6

¹⁰⁹⁹ Hay que apuntar acá como antecedente que el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* no contiene norma alguna sobre las reservas que puedan formular los estados partes por lo que aplica el régimen general de Viena en la materia.

¹¹⁰⁰ Ya desde antes de esta Observación General del Comité el tema de las reservas en los tratados de derechos humanos y la compatibilidad o no con el régimen establecido en Viena, estuvo presente en el debate académico. Al respecto, véase Clark, B. “The Vienna Convention Reservations Regime and The Convention on Discrimination against Women”, en *The American Journal of International Law*, vol. 85, 1991.

orientación sexual se hace más patente aún si se considera que en muchos casos deben prevalecerse de las cláusulas abiertas de no discriminación.

Ejemplo se encuentra con relación al *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* en las reservas que han formulado Liechtenstein¹¹⁰¹ y Suiza¹¹⁰² respecto del artículo 26, reservas que así formuladas conspiran contra el carácter de cláusula abierta y autónoma del artículo 26 del PIDCP, pues refieren a la garantía sólo respecto de los derechos del Pacto.

En cierta medida también lo hace la que ha formulado Trinidad y Tobago en cuanto a la aplicación de su legislación nacional en ciertas materias¹¹⁰³.

Ejemplo particular es la interpretación que hace Estados Unidos de América respecto de la prohibición de discriminación del PIDCP que apela a aceptar ciertas distinciones cuando ellas son mínimamente racionales y se relacionan con un objetivo gubernamental legítimo¹¹⁰⁴.

En el ámbito de otro tratado, uno de los más relevantes ejemplos por su vinculación al tema de este trabajo como ya se ha dicho la *Convención para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer*, se recogen interesantes avances a favor de la mujer pero a su respecto más de la mitad de los estados partes ha formulado reservas¹¹⁰⁵.

Ahora bien, como apunta Mullally, el problema no es el número sino el tipo de justificaciones dadas por los Estados y que ella agrupa señalando que los estados apelan a creencias y prácticas religiosas y los requerimientos del Islam, a las tradiciones constitucionales que protegen la esfera privada, y a la necesidad de respetar las prácticas y creencias que distinguen a cada comunidad religiosa¹¹⁰⁶.

Así las cosas, el tema de las reservas ha preocupado desde los inicios casi de la entrada en vigor de la Convención a su órgano de vigilancia. Ya en 1987, durante su sexto período de sesiones

¹¹⁰¹ “The Principality of Liechtenstein reserves the right to guarantee the rights contained in article 26 of the Covenant concerning the equality of all persons before the law and their entitlement without any discrimination to the equal protection of the law only in connection with other rights contained in the present convention”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (último acceso: 28 de mayo de 2009)

¹¹⁰² “The equality of all persons before the law and their entitlement without any discrimination to the equal protection to the law shall be guaranteed only in connection with other rights contained in the present Covenant”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (último acceso: 28 de mayo de 2009)

¹¹⁰³ “The Government of the Republic of Trinidad and Tobago reserves the right not to apply the provision of article 26 of the Covenant in so far as it applies to the holding of property in Trinidad and Tobago, in view of the fact that licences may be granted to or withheld from aliens under the Aliens Landholding Act of Trinidad and Tobago”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (último acceso: 28 de mayo de 2009)

¹¹⁰⁴ “That the Constitution and laws of the United States guarantees all persons equal protection of the law and provide extensive protection against discrimination. The United States understand distinctions based upon race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or any other status - as those terms are used in article 2, paragraph 1 and article 26 - to be permitted when such distinctions are, at minimum, rationally related to a legitimate governmental objective. The United States further understands the prohibition in paragraph 1 of article 4 upon discrimination, in time of public emergency, based solely on the status of race, colour, sex, language, religion or social origin, not to be distinctions that may have a disproportionate effect upon persons of a particular status”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-4&chapter=4&lang=en#EndDec (último acceso: 28 de mayo de 2009)

¹¹⁰⁵ El artículo 28 de la CEDAW se refiere al tema de las reservas a la Convención en los siguientes términos: “1. El Secretario General de las Naciones Unidas recibirá y comunicará a todos los Estados el texto de las reservas formuladas por los Estados en el momento de la ratificación o de la adhesión. 2. No se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y el propósito de la presente Convención. 3. Toda reserva podrá ser retirada en cualquier momento por medio de una notificación a estos efectos dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas, quien informará de ello a todos los Estados. Esta notificación surtirá efecto en la fecha de su recepción”.

¹¹⁰⁶ Mullally, S., *Gender, Culture and Human Rights* (cit.), pp.89-90.

adoptaba la Recomendación General Nº 4 visiblemente preocupado por el número de reservas que parecían incompatibles con el objeto y fin, y ya para el año 1992 adoptaba la Recomendación General Nº 20, enmarcando el tema de las reservas a la *Convención* en lo que eran los trabajos preparatorios a la *Conferencia Mundial de Derechos Humanos* que se celebraría en Viena en 1993, fundamentalmente preocupados por la validez y efectos jurídicos de las reservas en relación a las formuladas en otros tratados de derechos humanos, en que el tema tuvo acogida a propósito de los llamados a la universalidad de los derechos humanos, reiterado unos años más tarde en la *Conferencia de Beijing*.

Pese a estos avances y las más recientes declaraciones de ánimo positivo como son la Declaración Política adoptada en la 49ª sesión de la Comisión sobre la Condición Jurídica y Social de la Mujer, órgano dependiente del ECOSOC, por la cual se mira que la Plataforma de Beijing y la CEDAW se refuerzan entre sí en “la consecución de la igualdad entre los géneros y la potenciación de la mujer”¹¹⁰⁷, lo cierto es que la debilidad del marco jurídico que protege los derechos vinculados a la mujer es patente y es un muy buen ejemplo de la verdadera flexibilidad de los tratados con que estos nacen y viven en muchos casos.

Basta mirar algunas de las reservas con que convive la CEDAW en su aplicación para comprobarlo.

Por el carácter de este capítulo y el objetivo que persigue esta referencia a las reservas, de carácter meramente ilustrativo, tomaré sólo dos disposiciones de la CEDAW para probar lo indicado. En concreto, los artículos 15 referidos a la igualdad ante la ley entre hombre y mujer¹¹⁰⁸, y 16 referido a la igualdad en el ámbito de las relaciones de familia, incluidos los regímenes matrimoniales¹¹⁰⁹, preceptos ambos que se enmarcan en la discriminación a mujeres en la esfera de la vida privada y familiar y que se refieren a aspectos en que la exclusión o limitación de sus derechos es más patente.

¹¹⁰⁷ Doc. E/CN.6/2005/L.1

¹¹⁰⁸ Artículo 15: “1. Los Estados Partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley. 2. Los Estados Partes reconocerán a la mujer, en materias civiles, una capacidad jurídica idéntica a la del hombre y las mismas oportunidades para el ejercicio de esa capacidad. En particular, le reconocerán a la mujer iguales derechos para firmar contratos y administrar bienes y le dispensarán un trato igual en todas las etapas del procedimiento en las cortes de justicia y los tribunales. 3. Los Estados Partes convienen en que todo contrato o cualquier otro instrumento privado con efecto jurídico que tienda a limitar la capacidad jurídica de la mujer se considerará nulo. 4. Los Estados Partes reconocerán al hombre y a la mujer los mismos derechos con respecto a la legislación relativa al derecho de las personas a circular libremente y a la libertad para elegir su residencia y domicilio”.

¹¹⁰⁹ Artículo 16: “1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento; c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos; f) Los mismos derechos y responsabilidades respecto de la tutela, curatela, custodia y adopción de los hijos, o instituciones análogas cuando quiera que estos conceptos existan en la legislación nacional; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial; g) Los mismos derechos personales como marido y mujer, entre ellos el derecho a elegir apellido, profesión y ocupación; h) Los mismos derechos a cada uno de los cónyuges en materia de propiedad, compras, gestión, administración, goce y disposición de los bienes, tanto a título gratuito como oneroso. 2. No tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptarán todas las medidas necesarias, incluso de carácter legislativo, para fijar una edad mínima para la celebración del matrimonio y hacer obligatoria la inscripción del matrimonio en un registro oficial”.

Al mes de julio de 2010 doce estados han hecho y mantenido reserva al artículo 15 de la CEDAW. Argelia, Bahrein, Malta, Marruecos, Níger, Omán, Qatar, Siria, Suiza, Túnez, Emiratos Arabes Unidos y Reino Unido. Al artículo 16 en tanto la han formulado y mantenido treinta y un países, en lo que constituye el número más alto de reservas a los artículos de la parte sustantiva de esta Convención. Argelia, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Egipto, Francia, India, Irak, Irlanda, Israel, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Moldavia, Malta, Micronesia, Mónaco, Marruecos, Níger, Omán, Qatar, Korea, Singapur, Suiza, Siria, Tailandia, Túnez, Emiratos Arabes Unidos y Reino Unido¹¹¹⁰.

Como se puede apreciar, se trata de un abanico de países reservistas en ambos artículos - sin presencia en todo caso de países de América Latina ni de la región del Norte de América - que en algunos casos tienen poco en común para oponerse a tales artículos, especialmente en el caso del 16, lo que aparece claro al ver las razones de tales reservas y que da buena parte de razón al esquema que plantea en esto Mullally.

Así por ejemplo, mientras Mónaco funda su reserva a la letra e) del artículo 16.1 en su deseo de impedir cualquier camino abierto al aborto o la esterilización¹¹¹¹, y Francia hace lo propio respecto de la letra g) para preservar sus reglas internas sobre la atribución de nombres y apellidos de las personas¹¹¹²; Marruecos la funda en la incompatibilidad con la ley islámica que garantizaría derechos dentro del matrimonio de forma diversa¹¹¹³, cuestión que se manifiesta en el caso de aquellos países que profesan esa religión de forma mayoritaria o la tienen en algunos casos incluso como la oficial del estado, como es la situación de Argelia, Bahrein, Bangladesh, Egipto, Irak, Jordania, Kuwait, Líbano, Libia, Malasia, Níger, Omán, Qatar, Siria, Túnez y Emiratos Arabes Unidos.

En el caso del artículo 15, es posible ver un patrón común - el cultural-religioso - en todos los países reservistas de esa disposición, excepto en Suiza y Reino Unido, país este último cuya manifestación de exclusión en esta parte es bastante formal, en relación a la validez de los

¹¹¹⁰ Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010) Hay que indicar que algunos países que formularon reserva a uno o ambos de estos artículos de la CEDAW la retiraron luego. Tal es el caso de Turquía quien lo hizo en 1999;

¹¹¹¹ “The Principality of Monaco does not consider itself bound by Article 16, paragraph 1 (e), to the extent that the latter can be interpreted as forcing the legalization of abortion or sterilization”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹² “The Government of the French Republic enters a reservation concerning the right to choose a family name mentioned in article 16 , paragraph 1 (g), of the Convention”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹³ “The Government of the Kingdom of Morocco makes a reservation with regard to the provisions of this article, particularly those relating to the equality of men and women, in respect of rights and responsibilities on entry into and at dissolution of marriage. Equality of this kind is considered incompatible with the Islamic Shariah, which guarantees to each of the spouses rights and responsibilities within a framework of equilibrium and complementary in order to preserve the sacred bond of matrimony. The provisions of the Islamic Shariah oblige the husband to provide a nuptial gift upon marriage and to support his family, while the wife is not required by law to support the family. Further, at dissolution of marriage, the husband is obliged to pay maintenance. In contrast, the wife enjoys complete freedom of disposition of her property during the marriage and upon its dissolution without supervision by the husband, the husband having no jurisdiction over his wife's property. For these reasons, the Islamic Shariah confers the right of divorce on a woman only by decision of a Shariah judge”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

instrumentos a que se refiere el párrafo 3 del artículo, y no va a la sustancia de la norma, es decir, no supone a mi modo de ver una contradicción en caso alguno con el objeto y fin del tratado¹¹¹⁴.

Además de estos casos de los artículos específicos mencionados, hay que indicar el de aquellos países que han formulado reserva de carácter general a la CEDAW. Tal es la situación por ejemplo de Arabia Saudí¹¹¹⁵, Libia¹¹¹⁶, Malasia¹¹¹⁷ y Mauritania¹¹¹⁸, las cuales han merecido por cierto algunas objeciones, como es el caso por ejemplo de la de Mauritania, objetada por su carácter general por Irlanda y Francia, ambas en 2002, con la particularidad de que tales objeciones a estas reservas son duras pero sin que lleguen a decir que el tratado no estará en vigor entre las partes involucradas en la reserva y la objeción¹¹¹⁹ transformándolas así en objeciones simples cuyos efectos en la práctica son bastante parecidos a la aceptación de la reserva.

Una referencia especial amerita por su pretendido fundamento la reserva de Singapur, que invoca en ella la diversidad racial y religiosa del país, y la necesidad de garantizar a las minorías el ejercicio de estatutos religiosos personales¹¹²⁰, no obstante lo cual ha merecido la objeción de

¹¹¹⁴ "In relation to Article 15 , paragraph 3 , the United Kingdom understands the intention of this provision to be that only those terms or elements of a contract or other private instrument which are discriminatory in the sense described are to be deemed null and void, but not necessarily the contract or instrument as a whole". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹⁵ "1. In case of contradiction between any term of the Convention and the norms of Islamic law, the Kingdom is not under obligation to observe the contradictory terms of the Convention". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹⁶ El 5 de Julio de 1995, el Gobierno manifestó una nueva formulación a su reserva original en estos términos: "[Accession] is subject to the general reservation that such accession cannot conflict with the laws on personal status derived from the Islamic Shariah". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹⁷ "The Government of Malaysia declares that Malaysia's accession is subject to the understanding that the provisions of the Convention do not conflict with the provisions of the Islamic Sharia' law and the Federal Constitution of Malaysia". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹⁸ "Having seen and examined the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, adopted by the United Nations General Assembly on 18 December 1979 , have approved and do approve it in each and every one of its parts which are not contrary to Islamic Sharia and are in accordance with our Constitution". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹¹⁹ "With regard to the reservation made by Mauritania upon accession, the Secretary -General received communications from the following States on the dates indicated hereinafter : Ireland (13 June 2002): "The Government of Ireland [has] examined the reservation made by Mauritania upon its accession to the Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination against Women. The Government of Ireland [is] of the view that a reservation which consists of a general reference to religious law and to the Constitution of the reserving State and which does not clearly specify the provisions of the Convention to which it applies and the extent of the derogation therefrom, may cast doubts on the commitment of the reserving State to fulfil its obligations under the Convention. The Government of Ireland [is] furthermore of the view that such a general reservation may undermine the basis of international treaty law. The Government of Ireland [recalls] that article 28, paragraph 2 of the Convention provides that a reservation incompatible with the object and purpose of the Convention shall not be permitted. The Government of Ireland therefore [object s] to the reservation made by Mauritania to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. This objection shall not preclude the entry into force of the Convention between Ireland and Mauritania. "France (17 June 2002): The Government of the French Republic has examined the reservation made by the Government of Mauritania upon accession to the Convention of 18 December 1979 on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. By stating that it approves the Convention in each and every one of its parts which are not contrary to Islamic Sharia and to its Constitution, the Government of Mauritania formulates a reservation of general, indeterminate scope that gives the other States parties no idea which provisions of the treaties. Convention are currently affected by the reservation or might be affected in future. The Government of the French Republic considers that the reservation could make the provisions of the Convention ineffective and objects to it". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹²⁰ "(1) In the context of Singapore's multi-racial and multi-religious society and the need to respect the freedom of minorities to practise their religious and personal laws, the Republic of Singapore reserves the right not to apply the provisions of articles 2 and 16 where compliance with these provisions would be contrary to their religious or personal laws". Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

Suecia por ser incompatible con el objeto y fin del tratado, en los términos del artículo 28 de la Convención¹¹²¹.

Todo lo expuesto se complejiza aún más cuando los estados introducen una “declaración” eludiendo el uso de la expresión “reserva”, frente a lo cual en todo caso lo que tendría que mandar es la intención y no el nombre del instrumento siguiendo así lo que ha sostenido el Comité de Derechos Humanos¹¹²².

Un ejemplo es la declaración formulada por India al artículo 16 que en simples términos y en cuanto al fondo bien puede estimarse incompatible con el objeto y fin de la Convención ya que se afirma en la diversidad interna para derechamente pretender no aplicables las disposiciones del artículo, al apelar a la no injerencia respecto del párrafo 1 y a las costumbres, religiones y niveles de alfabetización respecto del párrafo 2¹¹²³.

Finalmente, en este ámbito de las declaraciones mención especial merece la chilena a la CEDAW que en términos prácticos ha sido una buena manera para el estado de aparecer como parte de esta importante convención sin reservas, pero zafando del problema que se presenta por la contradicción entre las disposiciones de los artículos 15 y 16 del tratado y varias de las disposiciones de derecho interno relativas al régimen de bienes en el matrimonio que adopta la llamada “sociedad conyugal” y la administración de ellos por la mujer¹¹²⁴, desconociendo de paso los problemas que esta incongruencia le puede traer a partir de una eventual aplicación efectiva de la regla del *pacta sunt servanda* del artículo 26 de la *Convención de Viena sobre Derecho de los*

¹¹²¹ “On 13 August 1997, the Secretary General received from the Government of Sweden the following communication with regard to the reservation made by Singapore: “The Government of Sweden is of the view that these general reservations raise doubts as to the commitment of Singapore to the object and purpose of the Convention and would recall that, according to article 28, paragraph 2, of the Convention, a reservation incompatible with the object and purpose of the Convention shall not be permitted. It is in the common interest of states that treaties to which they have chosen to become parties are respected, as to their object and purpose, by all parties and that states are prepared to undertake any legislative changes necessary to comply with their obligations under the treaties. The Government of Sweden is further of the view that general reservations of the kind made by the Government of Singapore, which do not clearly specify the provisions of the Convention to which they apply and the extent of the derogation therefrom, contribute to undermining the basis of international treaty law. The Government of Sweden therefore objects to the aforesaid general reservations made by the Government of Singapore to the [said Convention]. This objection does not preclude the entry into force of the Convention between Singapore and Sweden. The Convention will thus become operative between the two states without Singapore benefiting from these reservations. It is the opinion of the Government of Sweden, that no time limit applies to objections against reservations, which are inadmissible under international law.” Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹²² Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párrafo 3.

¹¹²³ “i) With regard to articles 5 (a) and 16 (1) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the Government of the Republic of India declares that it shall abide by and ensure these provisions in conformity with its policy of noninterference in the personal affairs of any Community without its initiative and consent. “ii) With regard to article 16 (2) of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, the Government of the Republic of India declares that though in principle it fully supports the principle of compulsory registration of marriages, it is not practical in a vast country like India with its variety of customs, religions and level of literacy”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 11 de julio de 2010)

¹¹²⁴ “The Government of Chile has signed this Convention of the Elimination of All Forms of Discriminations against Women, mindful of the important step which this document represents, not only in terms of the elimination of all forms of discrimination against women, but also in terms of their full and permanent integration into society in conditions of equality. The Government is obliged to state, however, that some of the provision of the Convention are not entirely compatible with current Chilean legislation. At the same time, it reports the establishment of a Commission for the Study and Reform of the Civil Code, which now has before it various proposals to amend, *inter alia*, those provisions which are not fully consistent with the terms of the Convention”. Fuente: http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&lang=en (último acceso: 28 de mayo de 2009)

Tratados celebrados entre Estados y su artículo 27 que impide a los estados invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

El más reciente informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en relación a la situación de la mujer en Chile, tomando como base las obligaciones contraídas por el país al firmar la CEDAW y también los instrumentos regionales como el *Pacto de San José de Costa Rica* y la *Convención de Belem do Pará*, ha establecido a inicios del año 2009 que existe una clara disociación y brecha entre los compromisos internacionales contraídos voluntariamente por el estado y la realidad que denota un patrón de discriminación de las mujeres por razón de su *género*, especialmente en las esferas familiar, política y laboral, dando cuenta particularmente de un marco regulatorio de las relaciones de familia que es contrario a la igualdad de *sexos* y *género*¹¹²⁵.

1.2. Los conceptos vagos e imprecisos: el Margen de Apreciación Nacional¹¹²⁶.

Hay que partir acá, a mi modo de ver, por establecer que con todo y la pretendida universalidad e indivisibilidad de muchos derechos y por supuesto del discurso mismo de carácter global que se ha construido en torno a la validez de los derechos humanos, esto se topa con una fricción o tensión inevitable que se produce entre el carácter subsidiario que tienen los sistemas internacionales de protección y el margen de apreciación nacional de los estados, nacido y profundamente desarrollado en el ámbito europeo, como doctrina que a decir de un autor español para este mundo jurídico tiene su justificación racional en la disparidad cultural de las diversas comunidades nacionales¹¹²⁷. Por cierto, es posible pensar en otros ámbitos en que se establece el juego citado a partir de ciertos conceptos, pero por el carácter de esta referencia en este capítulo, me centraré en la teoría del margen de apreciación nacional.

Sea que se lo entienda como una técnica de interpretación (por ejemplo cuando limita los derechos por razones de moral o utilidad pública, o llega hasta suspenderlos por ejemplo por razones de seguridad interior o calamidad pública) o como una técnica de armonización (que sirva para que el sentenciador tenga en consideración las particularidades normativas y de hecho del país donde se presenta el problema, y respete asimismo la interpretación que de esos derechos hagan los tribunales propios), lo cierto es que la doctrina del margen de apreciación nacional plantea

¹¹²⁵ Véase Doc. OEA/Ser.L/V/II.134. Doc. 63, de 29 de marzo de 2009, “Informe sobre los Derechos de las Mujeres en Chile: la igualdad en la familia, el trabajo y la política”, párrafos 60 al 102. En el marco de las recomendaciones específicas el Informe formula ocho en lo que toca a la discriminación en el área de familia, de las cuales dos merecen consideración por lo que he venido señalando. “1. El Poder Ejecutivo y el Legislativo debe analizar mediante un escrutinio estricto todas las leyes, normas, prácticas y políticas públicas que establezcan en su texto diferencias de trato basadas en el sexo en la esfera familiar que afecten a las mujeres o que puedan tener un impacto discriminatorio contra las mujeres en los términos definidos en este Informe. Igualmente el impacto de las leyes adoptadas recientemente en esta esfera, como la Ley de Matrimonio Civil, debe ser evaluada. 2. Incrementar la colaboración entre el Poder Ejecutivo y Legislativo para agilizar la aprobación del proyecto de ley encaminado a reformar el régimen vigente de sociedad conyugal.”

¹¹²⁶ Otro ejemplo de flexibilidad es el de las cláusulas facultativas, que importa al objeto final en que se enmarca este trabajo por su relación como mecanismo usado en varios tratados de derechos humanos para efectos de la competencia del órgano de vigilancia o del tribunal, como ocurre en el caso americano. Véase el tratamiento del tema en Martín, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003, pp. 174-182.

¹¹²⁷ García, J. “El Preámbulo Contexto Hermenéutico del Convenio: Un instrumento constitucional del orden público europeo”, en García, J. y Santolaya, P. (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos (cit.)* p. 36.

diferentes formas de entender un derecho y su contenido, a partir de cómo se conciben ciertos conceptos por el tribunal.

Así, los significados por ejemplo de “seguridad nacional”, “seguridad pública”, “bienestar económico del país”, “defensa del orden y la prevención del delito”, “protección de la salud”, “protección de la moral”, o “protección de los derechos y las libertades de los demás” no son de fácil resolución y sin duda se proyectarán en la garantía del derecho para quien lo reclama, especialmente cuando nos situamos en un ámbito tan complejo y con múltiples interpretaciones como es la *sexualidad humana*.

Sólo para dar un ejemplo y graficar la cuestión me referiré a un concepto que los Estados a veces intentan trasladar al orden internacional. El llamado “orden público” ha sido definido en términos generales por algún autor como “el conjunto de normas y principios que, en un momento histórico determinado, reflejan el esquema de valores esenciales, a cuya tutela atiende de una manera especial cada ordenamiento jurídico concreto”¹¹²⁸. Se trata como puede observarse de un concepto jurídico indeterminado que así concebido se caracteriza entre otros aspectos por su relatividad en el tiempo, de modo que su contenido será diverso en un mismo ordenamiento interno en función de la realidad socio-jurídica que exista respecto de una materia en un cierto momento. Aplicación evidente se da a propósito del matrimonio homosexual y su recepción en los órdenes internos.

Trabajando desde el ámbito jurisprudencial ahora el artículo 8.2 del CEDH sobre el respeto a la vida privada y las excepciones que permiten su limitación es también un buen ejemplo, como surge de lo que ya ha sido apuntado en el análisis jurisprudencial del capítulo anterior, a propósito de los límites a la vida privada y familiar y el inciso que señala que no puede haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta ingerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

En esta misma línea, un ejemplo concreto de estas limitaciones es el citado concepto de “moral”, puesto como límite por el CEDH tanto al artículo 8º ya citado como al artículo 10, sobre la libertad de expresión que encuentra en su ejercicio deberes y responsabilidades, y puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para

¹¹²⁸ Pérez Vera, E.: “El concepto de orden público en el Derecho internacional”, en *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho internacional*, núm. 7, 1984, pp. 273-288, vide p. 279, citado por Pérez Alvarez, S., “La incidencia de la ley 3/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005 (2), p. 858.

impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Al respecto el Tribunal de Estrasburgo sostuvo en un histórico fallo de la década de los setenta que el margen de apreciación nacional tiene que ser amplio para los estados sobre la base, entre otros factores, del fin que persigue la injerencia: la protección de la moral. Este fin legítimo exige reconocer amplia discrecionalidad a los estados. En la sentencia del *Caso Handyside con Reino Unido*, resuelto el 29 de abril de 1976, en que se alegó por la prohibición de edición de un libro con contenido sexual, el sentenciador señaló que “...no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratante una noción europea uniforme de la moral. La idea que sus leyes respectivas se hacen de las exigencias de la moral varía en el tiempo y en el espacio, especialmente en nuestra época, caracterizada por una evolución rápida y profunda de las opiniones en la materia. Gracias a sus contactos directos y constantes con las fuerzas vivas de sus países, las autoridades del Estado se encuentran en principio mejor situadas que el juez internacional para pronunciarse sobre el contenido preciso de estas exigencias, así como sobre la “necesidad (...) de una restricción o sanción” destinada a dar una respuesta a ello”. Si bien sobre estas bases reconoce el margen de apreciación, fue claro ya en 1976 en señalar que los estados contratantes no tienen un poder ilimitado de apreciación¹¹²⁹.

Así las cosas, si bien como recuerda un autor respecto de la teoría del margen de apreciación nacional, “la legitimación de tal teoría parte de la afirmación de que no constituye un privilegio para los Estados, sino una consecuencia de la democracia y del pluralismo, ya que es bueno comprender las realidades jurídicas, económicas y sociales de cada país, y la apreciación que de ellas hagan los tribunales nacionales, que son los más próximos y autorizados (en principio) para evaluar, en cada terreno concreto, los problemas de aplicación de los derechos humanos provenientes de una fuente jurídica internacional”¹¹³⁰, lo cierto es que frente a esta doctrina resulta importante considerar la naturaleza del derecho convencional en juego y la importancia que puede revertir para el particular que lo alega, considerando también el género de las actividades en cuestión. La amplitud del margen de apreciación no puede ser la misma para todos los casos.

En consonancia con estas ideas esenciales, centrando el tema en el trabajo del Tribunal Europeo y su evolución se puede decir entonces que ha tenido en cuenta dos factores en relación a este punto.

Por un lado, la importancia que para el particular tiene el derecho de cuyo ejercicio puede verse privado por la injerencia, y por el otro lado, la naturaleza del derecho que está en juego. En el proceso de determinación del margen de apreciación nacional, el tribunal no duda en utilizar este

¹¹²⁹ *Caso Handyside con Reino Unido*, 29 de abril de 1976, párrafos 48 y 49. Disponible en: http://www.iidh.ed.cr/comunidades/libertadexpresion/docs/le_europeo/tedhandyside.htm (último acceso: 18 de octubre de 2010)

¹¹³⁰ Sagiés, N. P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, v. 9. n. 1, Talca, 2003.

factor incluso en aquellos supuestos en los que previamente ha reconocido un amplio margen de apreciación a las autoridades nacionales sobre la base de otros factores.

Los casos de sanciones impuestas o posiblemente impuestas a *homosexuales* que siendo adultos consienten en este tipo de relaciones, son ejemplo de esto.

Afectando la injerencia a uno de los aspectos más íntimos de las personas, el margen de apreciación se reduce considerablemente hasta el punto que sólo razones muy graves pueden legitimar la injerencia desde el punto de vista del CEDH¹¹³¹.

Sobre esto sin embargo resulta indispensable agregar que, como el propio tribunal ha dicho¹¹³², se trata el CEDH - y todos los otros instrumentos internacionales de derechos humanos - de un instrumento vivo, que debe ser interpretado a la luz de las condiciones de vida actuales, lo que con mayor razón estimo debe aplicarse cuando hablamos de algo que ya está consensuado por la propia jurisprudencia internacional es una de las principales manifestaciones de la intimidad de una persona, como es lo relativo a la *orientación sexual* y al *género*.

A su vez en este tema conviene tener presente que el juicio o principio de proporcionalidad exige que los beneficios de adoptar la medida excedan claramente las restricciones impuestas sobre otros principios y valores. Así por lo demás lo ha reconocido el TEDH en un tema que ha ocupado ya estas páginas en el capítulo anterior, el famoso *Caso Dudgeon*¹¹³³.

Lo expuesto conduce a compartir que es posible concebir una concepción maximalista y una minimalista sobre el margen de apreciación nacional, siendo en esta segunda a través de la cual el sistema europeo asume un rol garante decisivo y constriñe al mínimo la facultad de los estados de restringir los derechos o intervenirlos, debiendo entonces ejercer un control muy riguroso a ese fin, lo cual aplica antes que todo en lo que toca a los derechos que tienen que ver con la esfera más íntima del ser humano, a su autonomía privada, y la *sexualidad* es sin duda parte de ella. En tal sentido creo que pueden entenderse los votos disidentes de los jueces Marteens en el *Caso Cossey contra Reino Unido*¹¹³⁴, y Gotchev, en el *Caso X, Y, Z contra Reino Unido*¹¹³⁵ y es el criterio que ha

¹¹³¹ En ese sentido véanse pronunciamientos en el *Caso Handyside con Reino Unido*, párrafo 49; en el *Caso Dudgeon con Reino Unido*, párrafos 51 y 52; en el *Caso ADT con Reino Unido* párrafos 34 y sgtes.; en el *Caso Lustig-Prean y Beckett con Reino Unido*, párrafos 80 y sgtes.; y en el *Caso Smith and Grady con Reino Unido*, párrafos 87 y sgtes. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

¹¹³² Véanse *Caso Tyrer con Reino Unido* (Application no. 5856/72), de 25 de abril de 1978, párrafo 31; *Caso Soering con Reino Unido* (Application no. 14038/88), de 7 de julio de 1989, párrafo 102; *Caso Loizidou con Turquía* (Application no. 15318/89), de 23 de marzo de 1995, párrafo 71; *Caso Henaf con Francia* (Application no. 65436/01), de 27 de septiembre de 2003, párrafo 55. Disponibles desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

¹¹³³ *Caso Dudgeon con Reino Unido* (Application no. 7525/76), de 22 de octubre de 1981, párrafo 60.

¹¹³⁴ *Caso Cossey con Reino Unido* (Application no. 10843/84), de 27 de septiembre de 1990, Dissenting Opinion of Judge Martens, párrafo 3.6.3. "3.6.3 I would point out, however, that in my opinion States do not enjoy a margin of appreciation as a matter of right, but as a matter of judicial self-restraint. Saying that the Court will leave a certain margin of appreciation to the States is another way of saying that the Court - conscious that its position as an international tribunal having to develop the law in a sensitive area calls for caution - will not fully exercise its power to verify whether States have observed their engagements under the Convention, but will find a violation only if it cannot reasonably be doubted that the acts or omissions of the State in question are incompatible with those engagements. It is, therefore, up to the Court to decide, in every case or in every group of cases, whether a "margin of appreciation" should be left to the State and, if so, how much. For this decision various factors may be relevant and will, at the end of the day, have to be balanced. On the one hand, the preamble to the Convention, which recalls the aim of achieving greater unity between member States and stresses that Fundamental Freedoms are "best maintained" by "a common understanding and observance of ... Human Rights", seems to invite the Court to develop common standards. To the extent that the number of member States increases, this side of the Court's mandate gains in weight, for in such a larger, diversified community the development of

sentado también para otras materias la Corte europea en una reciente sentencia de 2010¹¹³⁶ y en un asunto relativo al caso de un padre de una hija menor nacida fuera del matrimonio que estimó que la decisión de privarlo de la custodia conjunta con base en la legislación de familia nacional que entre otros puntos privilegiaba en esas situaciones la custodia por parte de la madre con argumentos biológicos, afectaba su derecho a protección de la vida familiar del artículo 8º en relación al artículo 14 por entender que esta privación era una discriminación sólo fundada en su *sexo* y que lo ponía en situación diferente de las madres y también respecto de los padres casados. En esta decisión el TEDH puso énfasis en la importancia de los lazos afectivos a la hora de entender constituida una familia en que no exista matrimonio entre los padres, señalando que en cada caso había que ver cómo cada estado aplicaba la legislación de familia en las situaciones particulares y estimó que el padre recibía un trato menos favorable que la madre y que los padres casados, a pesar de que había demostrado los lazos que lo unían a su hija menor¹¹³⁷, poniendo de relevancia nuevamente el carácter vivo del principal tratado europeo de derechos humanos que debe ser interpretado en función de las condiciones presentes¹¹³⁸.

En concordancia con lo expuesto en este apartado hay que hacer mención que además de los desarrollos jurisprudenciales en la línea ya especificada, en el ámbito europeo en los trabajos preparatorios al *Protocolo Adicional N° 12* se ha dejado constancia que el margen de apreciación

common standards may well prove the best, if not the only way of achieving the Court's professed aim of ensuring that the Convention remains a living instrument to be interpreted so as to reflect societal changes and to remain in line with present-day conditions. Judicial self-restraint may, on the other hand, be called for by the specific features of the case or the fact that it cannot be decided without taking into consideration special situations obtaining in the defendant State. If, after careful consideration, the Court is convinced that the latter is really the case, then it may be that the State should be left a certain margin of appreciation; if not, that will be a strong indication that there is no need - and consequently no room - for judicial self-restraint".

¹¹³⁵ Caso X, Y, Z con Reino Unido (Application no. 21830/93), sentencia de 22 de abril de 1997. Dissenting Opinion of Judge Gotschev.

¹¹³⁶ Caso Alajos Kiss con Hungría (Application no. 38832/06), sentencia de 20 de mayo de 2010, párrafo 42: "*The Court cannot accept, however, that an absolute bar on voting by any person under partial guardianship, irrespective of his or her actual faculties, falls within an acceptable margin of appreciation. Indeed, while the Court reiterates that this margin of appreciation is wide, it is not all-embracing (Hirst v. the United Kingdom (no. 2) [GC], op. cit., § 82). In addition, if a restriction on fundamental rights applies to a particularly vulnerable group in society, who have suffered considerable discrimination in the past, such as the mentally disabled, then the State's margin of appreciation is substantially narrower and it must have very weighty reasons for the restrictions in question (cf. also the example of those suffering different treatment on the ground of their gender - Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom, 28 May 1985, § 78, Series A no. 94, race - D.H. and Others v. the Czech Republic [GC], no. 57325/00, § 182, ECHR 2007-..., or sexual orientation - E.B. v. France [GC], no. 43546/02, § 94, ECHR 2008-...). The reason for this approach, which questions certain classifications per se, is that such groups were historically subject to prejudice with lasting consequences, resulting in their social exclusion. Such prejudice may entail legislative stereotyping which prohibits the individualised evaluation of their capacities and needs (cf. Shukurov v. Russia, no. 44009/05, § 95, 27 March 2008)...*" Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

¹¹³⁷ Caso Zaunegger contra Alemania (Application no. 22028/04), sentencia del 3 de diciembre de 2009, párrafos 49 a 51: "*49. As is well established in the Court's case-law, a difference in treatment is discriminatory for the purposes of Article 14 if it has no objective and reasonable justification, that is if it does not pursue a legitimate aim or if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realised (see, in particular, Inze v. Austria, 28 October 1987, § 41, Series A no. 126, and Mazurek v. France, no. 34406/97, § 48, ECHR 2000-II). 50. The Contracting States enjoy a margin of appreciation in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment (see Abdulaziz, Cabales and Balkandali, cited above, pp. 35-36, § 72). The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject matter and its background; in this respect, one of the relevant factors may be the existence or non-existence of common ground between the laws of the Contracting States (see, among others, Petrovic v. Austria, 27 March 1998, § 38, Reports of Judgments and Decisions 1998-II). 51. However, the Court has already held that very weighty reasons need to be put forward before a difference in treatment on the ground of sex or birth out of or within wedlock can be regarded as compatible with the Convention (see Karlheinz Schmidt v. Germany, cited above, and § 24; Mazurek v. France, cited above, § 49). The same is true for a difference in the treatment of the father of a child born of a relationship where the parties were living together out of wedlock as compared with the father of a child born of a marriage-based relationship (see Sommerfeld v. Germany, cited above, § 93)".* Disponible desde: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?sessionid=55254223&skin=hudoc-en> (último acceso: 11 de junio de 2010)

¹¹³⁸ Caso Zaunegger contra Alemania (Application no. 22028/04), sentencia del 3 de diciembre de 2009, párrafo 60.

nacional varía según las circunstancias del caso, su objeto y su fondo. “*Since not every distinction or difference of treatment amounts to discrimination, and because of the general character of the principle of non-discrimination, it was not considered necessary or appropriate to include a restriction clause in the present Protocol. For example, the law of most if not all member states of the Council of Europe provides for certain distinctions based on nationality concerning certain rights or entitlements to benefits. The situations where such distinctions are acceptable are sufficiently safeguarded by the very meaning of the notion "discrimination" as described in paragraph 18 above, since distinctions for which an objective and reasonable justification exists do not constitute discrimination. In addition, it should be recalled that under the case-law of the European Court of Human Rights a certain margin of appreciation is allowed to national authorities in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law. The scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background (see, for example, the judgment of 28 November 1984 in the case of Rasmussen v. Denmark, Series A, No. 87, paragraph 40)...*”¹¹³⁹.

En síntesis y para dar término al tema, concuerdo con alguna doctrina que indica que desde luego la amplitud del margen de apreciación como el acierto de su ejercicio por las autoridades o tribunales de un país, puede y debe estar sometido al control de la autoridad supranacional (cuando ella exista). Esto es una suerte de necesidad jurídica ya que de no haberla, un país podría eximirse del respeto u observancia del derecho, alegando impunemente su "margen de apreciación nacional". La aplicación irrestricta de la doctrina del margen de apreciación nacional podría provocar que un mismo derecho humano no tenga la misma profundidad o extensión en todos los lugares, sino distintas modalidades e intensidades, circunstancia que afectaría la universalidad de ese derecho y autorizaría interpretaciones desigualitarias del mismo¹¹⁴⁰.

2. PRECISANDO LA NOCION DE *SOFT LAW* EN EL AMBITO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Todo lo que he presentado antes en este capítulo no vendría a ser más que una forma de ejemplificar lo que Riquelme grafica muy bien en su estudio sobre los nuevos rasgos del Derecho Internacional¹¹⁴¹.

La autora plantea en el contexto de un mundo que sigue siendo básicamente una sociedad de estados y el Derecho internacional el marco en que regulan sus relaciones y solucionan sus controversias, la consolidación de la “arquitectura básica del derecho internacional”, ya que están claros y definidos los principios fundamentales que lo presiden, la identificación de los actores que

¹¹³⁹ *Explanatory Report on Protocol N° 12 (cit)* párrafo 19.

¹¹⁴⁰ Sagüés, N. P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos” (cit.)

¹¹⁴¹ Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado*, Editorial Biblioteca Nueva, Fundación José Ortega y Gasset, Colección El Arquero, Madrid, 2005.

participan como sujetos, las reglas básicas sobre producción normativa, cómo se aplican y las consecuencias de su violación (responsabilidad internacional y aplicación coactiva) Sin embargo, acusa que esta situación se contrasta con el creciente recurso a categorías no normativas, a instrumentos que tratan de eludir el compromiso en obligarse internacionalmente, "...prodigando, en suma, la imagen de un Derecho de contextura flexible, blanda e informatizado tan del gusto de los últimos tiempos"¹¹⁴².

Ella identifica tres problemas en la línea de lo anterior: los desafíos para la unidad y coherencia del derecho internacional derivados de la proliferación de regímenes internacionales materiales; la mayor complejidad actual de las estructuras de creación y aplicación del derecho internacional (identificando por un lado los problemas que en sí mismos presentan los tratados en cuanto principal instrumento normativo y por otro lado el frecuente recurso al *soft law*, en la misma línea de lo que vengo argumentando en los apartados anteriores), y la proliferación de tribunales internacionales (con los problemas del riesgo de caer en el llamado *forum shopping* y en eventuales decisiones contradictorias conspirando así contra una sistema organizado de la función jurisdiccional internacional)¹¹⁴³.

Reconociendo con la autora española la relevancia de todas las temáticas que expone y agregando el peligro que se acusa en relación a posibles riesgos a la seguridad jurídica como principio básico de todo sistema normativo cuando ponemos en movimiento estos problemas en la realidad, sin duda por la naturaleza del estudio que he realizado en el marco de esta tesis mi interés se centra en esta parte en acoger con ella la importancia que tiene el uso cada vez mayor de lo que se suele conocer como *soft law*, herramienta determinante en el último tiempo para quienes buscan terminar con las discriminaciones por *identidad de género* u *orientación sexual* como se verá a lo largo del desarrollo de este capítulo y como ya he anunciado largamente en otros espacios de la investigación.

Para ello entonces es que buscaré una aproximación conceptual a esta herramienta de plena actualidad normativa - para darle un contenido que pueda producir menos controversia - y expondré algunos de los problemas y beneficios que se pueden extraer a la luz de su difundida utilización en estos tiempos.

2.1. ¿Qué se entiende por *soft law*?

No siendo el objeto de esta investigación el análisis específico de las diversas formas de manifestación del orden normativo internacional, por el ánimo de buscar la forma de dar efecto al *soft law* que me interesa como se dirá más adelante, no puedo más que detenerme en el concepto y sus principales manifestaciones, aunque no sea éste el lugar para entrar a todos los pasajes que la

¹¹⁴² Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado* (cit.) p. 303.

¹¹⁴³ Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado* (cit.) pp. 303-304.

entrada al tema supone desde la pura teoría del Derecho Internacional y para una mente interesada en el capítulo de fuentes, formas de expresión y creación de obligaciones en esta disciplina jurídica.

Con esta precisión, sobre la base de que el Derecho Internacional es no formalista y situada especialmente en el marco de los tratados, debo empezar por recordar que lo cierto es que es la voluntad de los estados la que determina el “quantum” de juridicidad de los acuerdos que celebren, más allá de asumir y compartir que en el estado actual de desarrollo de este Derecho hay un sustrato valórico y ciertos principios que están por sobre la voluntad de los estados, lo que es especialmente aplicable al ámbito de los derechos humanos¹¹⁴⁴.

Este “quantum” es la cuestión en que nos movemos cuando se habla de *soft law*, tema de intenso debate doctrinario en los últimos años.

Aunque el nombre genera múltiples diferencias académicas entre quienes lo usan defendiendo así su existencia y alguna utilidad¹¹⁴⁵ hasta quienes lo rechazan por existir ya otros nombres en la práctica internacional que bien pueden usarse como *lex in statu nascendi* o *derecho en agraz*, distinguiendo además el *soft law* formal del material¹¹⁴⁶, en general se puede decir que la expresión alude a una gama muy variada de instrumentos que reciben nombres también muy diversos: códigos de conducta¹¹⁴⁷, consensos¹¹⁴⁸, memorándum de entendimiento¹¹⁴⁹, actas¹¹⁵⁰, directrices¹¹⁵¹, planes de implementación¹¹⁵², programas¹¹⁵³, principios¹¹⁵⁴, reglas modelo o reglas

¹¹⁴⁴ En ese grupo se encuentran en general el respeto de las normas que se han calificado como de *ius cogens* y respecto de las cuales existe un reconocimiento aceptado a nivel de la sociedad internacional. Sobre el mismo, una reconocida doctrina española indica que el *ius cogens* puede clasificarse en aquel que apunta a la estructura predominantemente interestatal del Derecho Internacional (igualdad de estados y principio de no intervención), mientras que otros se refieren a los grandes factores de transformación del Derecho Internacional en su proceso de institucionalización (prohibición del uso o amenaza del uso de la fuerza y su corolario de obligación de arreglo pacífico de las controversias) y todo el proceso de humanización (en que se enmarcan los derechos fundamentales de la persona humana y el derecho de los pueblos a la libre determinación). Véase Carrillo Salcedo, *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, (cit.) pp. 284-285.

¹¹⁴⁵ Boyle, A.E., “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), octubre 1999, pp. 901-913. Fernández de Casadevante, C., *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, Madrid, 2003, pp. 151-153. Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 12ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2008, pp. 153-154.

¹¹⁴⁶ Mazzuelos, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004) Disponible en: <http://www.reei.org/reei8/articulos8.htm> (último acceso: 22 de febrero de 2006)

¹¹⁴⁷ Ejemplos son el *Código Internacional de Conducta de La Haya Contra la Proliferación de Misiles Balísticos*, adoptado el 22 de noviembre de 2002; el *Código FAO de Conducta para la Pesca Responsable*, adoptado por unanimidad el 31 de octubre de 1995 por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) o el *Código de Conducta para Funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* contenido en la Resolución 34/169 de la AGNU, de 17 de diciembre de 1979.

¹¹⁴⁸ Ejemplo es el *Consenso de Roma sobre Pesca Mundial*, adoptado por la Conferencia Ministerial de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, en marzo de 1995.

¹¹⁴⁹ Ejemplo es el *Memorándum de Entendimiento entre la Comisión Europea y la República del Perú, relativo al Programa indicativo para el Perú 2007-2013*, de 11 de mayo de 2007.

¹¹⁵⁰ Ejemplo es el *Acta Fundacional sobre las Relaciones Mutuas, Cooperación y Seguridad entre la OTAN y la Federación de Rusia*, adoptada en París en 1997, y que en su Preámbulo señala que las partes en virtud de ella sólo asumen compromisos políticos o el clásico ejemplo, el *Acta Final de Helsinki* de 1975, surgida como resultado de la *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa* que a primera vista pareció a ojos de muchos como un verdadero tratado lo cual hoy ya no es tema, existiendo claramente un consenso en que no es en verdad un instrumento vinculante. Véase sobre ella Baxter, R.R. *International Law in "her infinitive variety"*, *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 549-566, 1980, pp. 557-559.

¹¹⁵¹ Ejemplo son las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1997, o las *Directrices de Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil*, conocidas como *Directrices de Riad* contenidas en la Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990; o las *Directrices sobre la Función de los Fiscales*, aprobadas en el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990.

¹¹⁵² Ejemplo es el *Plan de Implementación de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Sustentable*, de 2002.

¹¹⁵³ Ejemplo es el llamado *Programa 21* (conocido también como Agenda 21) adoptado por 179 gobiernos en el marco de la de la *Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo* (la llamada *Cumbre de la Tierra*), celebrada en Brasil en junio de 1992.

mínimas¹¹⁵⁵, declaraciones adoptadas en el seno de una conferencia intergubernamental¹¹⁵⁶, resoluciones de organizaciones internacionales¹¹⁵⁷, y varios más.

Más allá de la variedad de nombres¹¹⁵⁸, siguiendo la agrupación que hace Angeles Mazzuelos en su estudio para efectos de su análisis¹¹⁵⁹ parece que las principales manifestaciones de *soft law* quedan constituidas hoy por las resoluciones no obligatorias de las organizaciones internacionales; el derecho de los actores no estatales y los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente. En cuanto a las primeras y por su relación a la causa en general de los derechos humanos, algunas notas especiales ameritan las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas como paso a ver.

2.1.1. Las Resoluciones de Organizaciones Internacionales. Con especial referencia a las Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Sobre el valor de las resoluciones de organizaciones internacionales, en el marco del análisis de las formas de expresión de derecho internacional, deben hacerse varias precisiones.

Sin duda con el aumento explosivo de organizaciones en los últimos años, con los más variados fines y objetivos, las resoluciones que adopten han tomado un papel importante en la configuración e institucionalización del derecho internacional aunque por sí mismas, éstas no

¹¹⁵⁴ Ejemplo son los *Principios Básicos sobre la Función de los Abogados* aprobados en el 8º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana, Cuba, entre el 27 de agosto y el 7 de septiembre de 1990; los *Principios Básicos relativos a la Independencia de la Judicatura*, adoptados en el 7º Congreso de Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, entre el 26 de agosto y el 6 de septiembre de 1985, confirmados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones 40/32, de 29 de noviembre de 1985 y 40/146, de 13 de diciembre de 1985; los *Principios y Directrices recomendados sobre los derechos humanos y la trata de personas de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, contenidos en el documento E/2002/68/Add.1; los *Principios Rectores de los Desplazamientos Internos*, elaborados por un grupo de expertos internacionales dirigidos por el Representante del Secretario General sobre la cuestión de los desplazados internos en 1998; o los *Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad*, aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo de 2008, (OEA/Ser/L/V/II.131 doc. 26).

¹¹⁵⁵ Ejemplo son las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores*, conocidas también como *Reglas de Beijing*, contenidas en la Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 29 de noviembre de 1985; las *Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad*, conocidas también como *Reglas de Tokio*, contenidas en la Resolución 45/110 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 14 de diciembre de 1990.

¹¹⁵⁶ Ejemplos son los resultados en la línea de protección del medio ambiente y el desarrollo, como la *Declaración de Estocolmo* surgida de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Humano celebrada en Suecia en 1972; la *Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo*, nacida en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, celebrada en Brasil en junio de 1992; o la *Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable*, adoptada en la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible, celebrada en Sudáfrica en septiembre de 2002.

¹¹⁵⁷ Ejemplos en este sentido serían algunas de las resoluciones adoptadas como Declaraciones por la ONU, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948 [Resolución 217/A]; la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, de 1960 [Resolución 1514 (XVI)]; la *Declaración sobre los principios jurídicos que debe regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre*, de 1963 [Doc. A/1962 (XVIII)]; la *Declaración de Principios que regulan los Fondos Marinos y Océánicos y sus subsuelos fuera de los límites de la jurisdicción nacional*, de 1970 [Resolución 2749 (XXV)]; la *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 1970 [Resolución 2625 (XVI)]; la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, de 1985 [Resolución 40/144]; la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, de 1986 [Resolución 41/128]; la *Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 1992 [Resolución 47/135]; o la reciente *Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, de 2007 [Resolución 61/295].

¹¹⁵⁸ Pastor recuerda que también de usan las expresiones *droit mou*, *derecho blando* y *derecho verde*. Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (cit.) p.24.

¹¹⁵⁹ Sigo en esto la tipificación que hace Mazzuelos, sin bien al final la autora manifiesta su rechazo a la expresión. Mazzuelos, A. "Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004). Disponible en: http://www.reei.org/reei8/MazzuelosBellido_reei8_.pdf (último acceso: 2 de septiembre de 2010)

constituyen norma jurídica obligatoria, excepción hecha de las relativas al derecho interno de la organización respectiva.

Desde luego hay que apuntar que su legitimidad surge del tratado constitutivo de la organización de que se trate. Así, encontramos resoluciones de la Unión Europea, de la Organización de Estados Americanos y los distintos órganos de las Naciones Unidas, por ejemplo, como las más relevantes en el marco de las relaciones internacionales y su regulación normativa.

Sobre estas últimas, referencia especial merecen las resoluciones adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en razón de la amplia competencia que posee, tal y como se desprende del artículo 10 de la *Carta* lo que le permite discutir cualesquier asuntos o cuestiones dentro de los límites de este tratado, o que se refieran a los poderes y funciones de cualquiera de los órganos creados por ella, pudiendo hacer recomendaciones sobre tales asuntos o cuestiones a los miembros de la ONU, al Consejo de Seguridad o a éste y a aquellos, con la excepción relativa al artículo 12 que le impone abstenerse de hacer recomendaciones cuando el Consejo de Seguridad esté desempeñando sus funciones con relación a alguna controversia o situación.

Esta norma general se complementa con lo dispuesto en el artículo 13 que señala que la AGNU promoverá estudios y hará “*recomendaciones*” para los fines de a.) fomentar la cooperación internacional en el campo político e impulsar el desarrollo progresivo del derecho internacional y la codificación, y b.) fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión.

Si bien entonces la Asamblea General sólo está facultada para formular recomendaciones no vinculantes a los estados a propósito de cuestiones de carácter internacional que correspondan a su ámbito de competencia, lo cierto es que ha adoptado medidas - políticas, económicas, humanitarias, sociales y jurídicas - que han influido - o pretenden influir - en la vida de miles de personas y en muchos de los más variados ámbitos en que se desenvuelve la vida de los estados en sociedad.

Los ejemplos son muchos¹¹⁶⁰. Uno reciente que puede mencionarse por la amplitud de su objetivo final es la *Declaración del Milenio*¹¹⁶¹ y el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005, los cuales reflejan una serie de compromisos asumidos por los estados miembros para alcanzar la paz, la seguridad y el desarme; el desarrollo y la erradicación de la pobreza; la protección de los derechos humanos y la promoción del estado de derecho; la protección del medio

¹¹⁶⁰ Ya se han mencionado en este sentido la propia *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948 [Resolución 217/A]; la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales*, de 1960 [Resolución 1514 (XVI)]; la *Declaración sobre los principios jurídicos que debe regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre*, de 1963 [Doc. A/1962 (XVIII)]; la *Declaración de Principios que regulan los Fondos Marinos y Oceánicos y sus subsuelos fuera de los límites de la jurisdicción nacional*, de 1970 [Resolución 2749 (XXV)]; la *Declaración relativa a los principios de Derecho Internacional referentes a las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas*, de 1970 [Resolución 2625 (XVI)]; la *Declaración sobre los Derechos Humanos de los individuos que no son nacionales del país en que viven*, de 1985 [Resolución 40/144]; la *Declaración sobre el Derecho al Desarrollo*, de 1986 [Resolución 41/128]; la *Declaración sobre los Derechos de las Personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, de 1992 [Resolución 47/135]; o la reciente *Declaración sobre los Derechos de los pueblos indígenas*, de 2007 [Resolución 61/295].

¹¹⁶¹ Doc. A/RES/55/2.

ambiente; la atención preferente hacia Africa y el fortalecimiento de las propias Naciones Unidas y que se han reflejado en los Objetivos de Desarrollo del Milenio ya citados en esta investigación por su especial preocupación por la condición de subordinación que afecta a las mujeres.

Frente a la existencia de esta clase de instrumentos la cuestión central y largamente tratada en doctrina es si a partir de una resolución se puede hacer exigible una conducta a un estado.

Al respecto se refiere el profesor Pastor Ridruejo “Si, como hemos dicho, la obligatoriedad de las resoluciones de las organizaciones internacionales depende de lo dispuesto por el tratado básico, hay que afirmar que aquellas resoluciones de la Asamblea General no son *per se* obligatorias para los Estados miembros. La Asamblea General no es un legislativo mundial, porque ninguna competencia le atribuye en este sentido la Carta de la Organización. Pero ello no supone que las resoluciones en cuestión dejen de producir efectos en la formación del Derecho Internacional...., estas declaraciones pueden constituir una fuente del Derecho Internacional de manera similar a la formación del consensus en las conferencias para la codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional”¹¹⁶².

Agrega que hay que distinguir los efectos que pueden producir en función del tipo de resolución; algunas declaran o confirman normas consuetudinarias en vigor; otras desarrollan y precisan algunos de los principios fundamentales de la Carta y otras contienen nuevos principios de derecho internacional¹¹⁶³.

“Las resoluciones del primer tipo...tienen respecto del Derecho Internacional General el mismo valor que las convenciones declarativas. Es decir, si de una parte pueden contribuir a la precisión del sentido de la práctica o elemento material de la costumbre, de otra parte su adopción por unanimidad o amplia mayoría puede ser prueba de la *opinio iuris* o elemento espiritual”¹¹⁶⁴. Sobre las otras dos Pastor es de la opinión que pueden ser el punto de partida de una norma consuetudinaria y también pueden ser el punto final de la formación de ese derecho¹¹⁶⁵.

Con independencia de estas consideraciones, factores que inciden en el valor de la resolución son la forma de su aprobación (unánimemente, por consenso, con fuerte mayoría o aún con oposición), el tiempo de su negociación, su contenido y la aplicación posterior que hagan los Estados.

Carrillo Salcedo señala sobre la cuestión - en directa relación con el valor de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, sin duda la más importante resolución adoptada hasta esta fecha - “...las resoluciones y declaraciones de contenido normativo de la Asamblea General de las

¹¹⁶² Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (cit)* p. 150.

¹¹⁶³ Esto supone replicar en las relaciones con resoluciones de organizaciones internacionales el esquema que el jurista Jiménez de Aréchaga propuso en su tiempo para graficar las relaciones que pueden producirse entre la costumbre y los tratados y que son los efectos declarativo, cristalizador y constitutivo o generador de la codificación sobre la costumbre. Por el primero la codificación ayuda a precisar el elemento material (la práctica) de la costumbre y sirve de prueba al elemento espiritual (la *opinio iuris*). Por el efecto cristalizador la norma codificada se transforma en el punto final de la formación de una norma consuetudinaria que hasta el momento no tenía plena madurez como tal. Por último, la codificación de efecto constitutivo o generadora es aquella que se convierte en punto de partida de una norma consuetudinaria.

¹¹⁶⁴ Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (cit.)* p. 151.

¹¹⁶⁵ Véase Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (cit.)* pp. 151-152.

Naciones Unidas pueden contribuir también a la *formulación de principios generales del Derecho internacional de rango estructural o constitucional*. Este es el caso, en mi opinión, de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que recogió principios generales *de* derecho reconocidos por las naciones civilizadas y dio precisión, además, a principios generales *del* Derecho internacional desarrollando el de la dignidad intrínseca de la persona que había proclamado la Carta de San Francisco, en 1945”¹¹⁶⁶.

La Corte Internacional de Justicia en tanto ha dicho que las resoluciones de la Asamblea General, incluso aunque no sean vinculantes, pueden a veces tener valor normativo. En ciertas circunstancias pueden proveer una importante evidencia para establecer la existencia de una norma o la aparición de una *opinio iuris*¹¹⁶⁷.

Este sería un enfoque que vincula directamente la resolución con la formación de una costumbre internacional a lo que hay que agregar la posibilidad de que de la resolución se de paso a un tratado como anunciaba el profesor Pastor Ridruejo.

Sin embargo, la pregunta sigue vive cuando la necesaria *opinio iuris* colectiva o el acuerdo para la norma convencional se encuentran en formación.

Es en ese espacio donde el valor real de las resoluciones de la AGNU presentan complicaciones al clásico esquema de fuentes y conducen a hablar de *soft law*, especialmente porque nos estamos moviendo en un campo de documentos con un importante contenido pretendidamente prescriptivo, que normalmente son el resultado de interesantes trabajos y reflexiones colectivas, en que algunas veces ha tenido al menos audiencia indirecta la sociedad civil aportando a veces incluso información o antecedentes que pueden transformarse en determinantes para el contenido del instrumento que se vaya a adoptar, dado el mejor lugar en que están para conocer la realidad de que se trate.

El principio de buena fe del cual toma su fundamento el *estoppel* y la regla del efecto útil tienen que servir a mi modo de ver como argumentos suficientes para sostener que un cierto grado de normatividad se les puede atribuir lo cual significaría que ante la carencia de una eventual sanción sí es posible pedir al estado consecuencia en su actuar político en un sentido congruente a ellas, tema sobre el que volveré luego.

En el ámbito estrictamente convencional, la relación de los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas puede servir de marco para reconocer en ellas un germen de obligatoriedad.

La cuestión se complica aún más cuando el contenido de esas resoluciones alude a modificar normas de carácter vinculante, cuando se les incorpora por vía de referencia en tratados internacionales¹¹⁶⁸ o cuando se pretende llegar a establecer una norma de *ius cogens*.

¹¹⁶⁶ Carillo Salcedo, J.A., *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 92-96.

¹¹⁶⁷ Doc. A/51/218 Opinión Consultiva: Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares. Párrafo 70.

¹¹⁶⁸ Dice el Preámbulo de la *Convención de Naciones Unidas para la Eliminación de toda Forma de discriminación contra la mujer*: “Teniendo en cuenta asimismo las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer...”

Acá es donde los elementos de contenido, proceso y circunstancias que rodean su adopción cobran especial relevancia¹¹⁶⁹.

Hasta la denominación que las partes usen, *declaración* o simplemente *recomendación*, puede ser un elemento que ayude a definir el “valor” que se le puede atribuir¹¹⁷⁰.

Haciendo este ejercicio en el ámbito específico de la *identidad de género* y la *orientación sexual*, el análisis de estas circunstancias llevaría a ver con bastante cautela el real “peso” - en cuanto *soft law* evidentemente - de los últimos instrumentos internacionales adoptados en la materia, tema sobre lo que iré más adelante.

2.1.2. El *soft law* de actores no estatales.

Un segundo grupo de instrumentos que caen en la categoría es el que emanan de actores no estatales.

Cuando vamos al derecho de estos actores no estatales la cuestión es mucho más compleja que sólo admitir los instrumentos que ellos elaboren para sí. La cuestión de la creación de las fuentes del derecho internacional se enlaza directamente con el tema de la aparición de nuevos actores internacionales que empiezan a tomar un cierto protagonismo en la formación de ellas, protagonismo que, en el esquema tradicional, sólo está reservado a los estados y las organizaciones internacionales¹¹⁷¹.

El tema no es menor pues claramente estos múltiples actores no estatales, desde Organizaciones No Gubernamentales (ONG's) hasta empresas transnacionales y en general otras formas institucionalizadas o no de expresión de la sociedad civil, han ido desarrollando ciertos instrumentos con la pretensión de darles cierto grado de valor normativo a la par del ejercicio de una influencia cada vez mayor en la elaboración de normas internacionales vinculantes¹¹⁷².

¹¹⁶⁹ La importancia de estos elementos ha sido reconocida por doctrina internacionalista al tratar de la formación de obligaciones en el Derecho Internacional. Véase Carillo Salcedo, J.A., *Dignidad frente a la barbarie* (cit.), p. 91; Fernández de Casadevante, C., *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, Madrid, 2003, pp.58-67; Remiro A. y Otros, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2007, pp. 549-551; Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (cit.) pp. 152-153; Akehurts, M., *Introducción al Derecho Internacional*, Versión española y notas de Manuel Medina Ortega, Alianza Editorial, Segunda reimpresión, Salamanca, 1994, p. 44.

¹¹⁷⁰ Sin duda más trascendencia han tenido algunas de las resoluciones adoptadas como Declaraciones por la ONU, como la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1948), la *Declaración sobre los principios jurídicos que debe regir las actividades de los estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre* (1963), la *Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales* (1960), la *Declaración de los Principios de Derecho Internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* (1970) o la *Declaración del Milenio* (2000).

¹¹⁷¹ Véase Gauché, X. “La intervención de la sociedad civil en el marco de las Naciones Unidas: un nuevo cauce para el logro del Desarrollo Humano”, en Alvez, A. y Gauché, X. (Eds.), *Reflexiones sobre Desarrollo Humano: Derechos, Política y Globalización*. Colección del Programa de Estudios en Desarrollo Humano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 2008, pp. 139-171.

¹¹⁷² En este último sentido famosas son ya las “cumbres paralelas” o los “foros de las ONG’s” que se realizan en forma simultánea a las grandes conferencias internacionales que patrocinan organizaciones gubernamentales de todo orden.

Esos instrumentos pueden considerarse también parte del *soft law*¹¹⁷³ y nuevamente el ámbito de los derechos humanos muestra muchos ejemplos. Desde la *Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos*, de 1976¹¹⁷⁴, pasando por las *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de 1997¹¹⁷⁵ o la *Declaración de Montevideo sobre “Migraciones y Desarrollo”*, de 2006¹¹⁷⁶, hasta algunos adoptados en el ámbito de las minorías sexuales y sus derechos como la *Declaración de Rosario*, de 2005¹¹⁷⁷; la *Declaración de los Derechos Sexuales*, adoptada por la Asociación Mundial de Sexología en Hong Kong en el año 1999; o los llamados *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, de 2006, siendo estos dos últimos especialmente relevantes en lo que ha sido la construcción de un cuerpo de pretensión normativa para la no discriminación por lo que serán objeto de apartados especiales.

Lo que hace especialmente interesantes estos instrumentos es la gestación desde actores que carecen de la subjetividad internacional tan propia de los estados pero que entran en temas y en lenguajes prescriptivos que son propios de tales sujetos.

Ello en buena medida hace que algunas de las reflexiones más interesantes que motivan los instrumentos de *soft law* no sean tan pertinentes a estos instrumentos (cómo el tema de su eventual incorporación a los derechos internos de los estados que los crean) y sea respecto de ellos donde la relación que hace sinónimo *soft law* con “no derecho”, sea tal vez más justificada al no corresponder a instrumentos emanados de los estados y tener además una evidente diferencia de peso o valor dialéctico según el seno no estatal en que haya surgido.

2.1.3. Los Acuerdos Interestatales que no vinculan jurídicamente.

Un tercer grupo de instrumentos que también entran a la categoría de *soft law* son los acuerdos interestatales que no vinculan jurídicamente.

En este caso nos movemos en los acuerdos que los estados firman sin el ánimo de hacer surgir de ellos una obligación internacionalmente exigible en sede jurídica, sino sólo una obligación de carácter político, cuya existencia no se puede desconocer sobre todo en la práctica internacional de los últimos cuarenta años.

¹¹⁷³ En ese sentido se ha dicho que el *soft law* se integraría, entre otro tipo de instrumentos por: “...statements prepared by individuals in a non-governmental capacity, but which purport to lay down international principles”. Chinkin, C. M., “The challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), Volume 38, 850-866, 1989, p. 851.

¹¹⁷⁴ Adoptada en Argel por la Liga Internacional para la Liberación y los Derechos de los Pueblos.

¹¹⁷⁵ Adoptadas por un grupo de más de treinta expertos invitados por la Comisión Internacional de Juristas, en Instituto de Derechos Humanos Urban Morgan de los Estados Unidos de América y el Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Maastricht, en el marco del 10º aniversario de la adopción de los Principios de Limburgo sobre Aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales.

¹¹⁷⁶ Adoptada en Montevideo por el Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI) y la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales (AEPDIRI) en el marco de las II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales.

¹¹⁷⁷ Adoptada en el llamado Primer Encuentro de Organizaciones de Gays, Lesbianas, Transgéneros, Transexuales y Bisexuales (GLTTB) del MERCOSUR, en que participaron organizaciones de activistas de los países miembros y asociados: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay y Chile.

Se trata de los que se suelen conocer como “acuerdos políticos”, “declaraciones de intenciones” o “acuerdos entre caballeros” y que suelen recaer en múltiples ámbitos de las materias del orden internacional.

El ejemplo emblemático de estos acuerdos ha sido el *Acta Final de Helsinki*, de 1975, documento básico hasta estos días cuando se habla de temas como distensión o guerra fría y en que los firmantes se encargaron expresamente de dejar sentada su voluntad contraria a atribuir a ella alguna obligación jurídica al señalar que el Acta no sería registrable en el registro de tratados y acuerdos internacionales de la Secretaría General de las Naciones Unidas.

Más recientemente y estrictamente en el ámbito de los derechos humanos, la *Declaración de Durban y el Programa de Acción*, documento resultado de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas conexas de intolerancia celebrada en Durban, en 2001 es un ejemplo en esta línea, así como lo son todas las Plataformas surgidas de las sendas conferencias internacionales en materias ligadas a los derechos humanos durante la segunda parte del siglo XX, como México 1975, Copenhague 1980, Nairobi 1985, Río 1992, Viena 1993, El Cairo 1994, y Beijing 1995, ya referidas en otros contextos de esta investigación.

Nuevamente acá surgen muchas interrogantes - más aún cuando los estados insisten en usar fórmulas propias del lenguaje de los tratados como “reservas” o “declaraciones interpretativas” junto a formas verbales que persiguen bajar intensidad a lo prescriptivo: “se procurará”, “instará”, etc. - que no pueden en todo caso cegar ante la realidad de su abrumadora existencia y su utilidad como mecanismos para dar espacio a muchos temas de la agenda de derechos humanos.

Es decir, la realidad muestra un aumento de esta clase de documentos en lo cuantitativo pero también en lo cualitativo, es decir, en cuanto al fondo de las materias que entran a abordarse por esta vía. Prueba de ello es el seguimiento que los estados hacen de estos acuerdos, lo que abona a la tesis de que algún grado de obligatoriedad surge de ellos. Un ejemplo reciente ha sido la conferencia de examen Ginebra, Suiza, para evaluar el proceso hacia el logro de los objetivos planteados en Durban celebrada entre el 20 y 24 de abril de 2009, o la reunión en Nueva York en marzo de 2010 para el seguimiento de los quince años de la *Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer*, conocido como proceso Beijing + 15.

2.2. Problemas y beneficios del masivo recurso al *soft law* en Derechos Humanos.

Evidentemente el primer gran problema es dónde se puede encuadrar el *soft law* para pretender hacer surgir de él una fuente de obligatoriedad para los sujetos de Derecho Internacional ya que, como he dicho, no entran estos instrumentos en el clásico esquema que se construye a partir del artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia*.

Pese a ello claramente su utilidad no puede desconocerse, como tampoco el lugar que cada vez con más fuerza empiezan a tomar toda clase de instrumentos “blandos” a partir de los cuales se busca dar alguna clase de “regulación” a una cuestión determinada de la vida internacional¹¹⁷⁸.

Tienen en efecto un impacto real tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo.

Saliendo incluso del ámbito estricto de los derechos humanos y la no discriminación en que se mueve este trabajo, materias propias del Derecho Internacional general en constante análisis en estos tiempos como son la cuestión de las reservas a los tratados y la fragmentación de este derecho han sido incorporadas en la agenda de trabajo de la Comisión de Derecho Internacional, pero no para buscar avanzar en el ámbito de la codificación sino para generar “directrices” (y ahí vamos a la verdadera colección de nombres usados para esta clase de instrumentos y a la que ya he hecho referencia) para que los estados las tengan en vista sobre la base de lo que ya está normado¹¹⁷⁹. Inmediatamente surge la interrogante de si aumentarán esas futuras “directrices” el entramado del *soft law*.

Desde otra óptica ahora y ya centrada sólo en lo que toca al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, se trata ésta de una parcela en que abunda el recurso al *soft law* de distinto nombre como he venido diciendo, lo que debe mover a buscar ejemplos, sus posibles aplicaciones y las probables respuestas a los problemas y las interrogantes que estas aplicaciones pueden plantear.

A los ejemplos y su contenido a favor de la *identidad de género* y la *orientación sexual* me referiré más adelante presentando los que estimo son los principales desarrollos al año 2010.

En este apartado quiero hacer reflexiones generales sobre su utilidad y los problemas.

En esa lógica un primer pronunciamiento que hago es el favorable a su uso pues ayuda a evitar el estancamiento o la paralización del Derecho Internacional, particularmente en un tiempo en que los estados parecen querer resguardar más que nunca su soberanía limitando los compromisos internacionales argumentando razones que se mueven desde las necesidades de seguridad interior hasta las de resguardar la moral, las costumbres locales o el orden público, tema especialmente aplicable si hablamos de mecanismos normativos contra la discriminación por *identidad de género* u *orientación sexual* y además porque con su uso se evita el tiempo excesivo que muchas veces demanda el proceso de codificación en aras entonces de la necesaria celeridad que requiere el sistema y ayuda también a que por su intermedio algunos estados (o gobiernos) puedan saltar o eludir controles internos (principalmente parlamentarios) que les pueden impedir en un contexto

¹¹⁷⁸ El profesor Pastor Ridruejo recuerda que el llamado Derecho Internacional del Desarrollo justamente es un ejemplo de un desarrollo del ámbito internacional que, a más de algunos principios y normas jurídicas de obligatoriedad indiscutida, contiene “reglas prospectivas de carácter esencialmente programático, constitutivas del denominado *soft law* o Derecho blando...” Pastor Ridruejo, J.A. *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (cit.) p. 53.

¹¹⁷⁹ En cuanto a la cuestión de las reservas, el Informe de la Comisión de Derecho Internacional del 60º Período de sesiones, celebrado en 2008 (Doc. A/63/10) en que se establece que la Comisión aprobó 23 proyectos de directriz relativos a la formulación y el retiro de aceptaciones y objeciones, así como al procedimiento de aceptación de reservas, con sus comentarios. En cuanto a la fragmentación, el año 2002 el tema se incluyó en la agenda de trabajo bajo la rúbrica “Fragmentación del Derecho Internacional: dificultades resultantes de la diversificación y expansión del Derecho Internacional” (Doc. A/57/10). En ese marco se formó un Grupo de Estudios que ha presidido en inicio Bruno Simma y luego Martin Koskeniemi y que en 2006 concluyó su trabajo sobre el tema presentando un informe con las conclusiones de su trabajo adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (Doc. A/61/10).

histórico determinado apuntar en la dirección de cambio que promueva la sociedad internacional en un amplio sentido (incluyendo no sólo sujetos, sino también actores internacionales).

Sin embargo de ese voto que hago a su utilidad como herramienta contra un eventual estancamiento o petrificación en muchas áreas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no voy a obviar problemas evidentes.

Estos problemas los agrupo en dos categorías. De un lado, los problemas o interrogantes relativas a lo sustantivo, y de otro, los problemas o cuestionamientos referentes a lo formal o lo que me permito llamar para este fin “procesal internacional”. A ambos iré por separado en los apartados que siguen aunque explicando desde ya que la separación obedece estrictamente a una razón de orden académico - o si se quiere de orden didáctico o analítico - para la lectura de este trabajo más que a una separación que se corresponda en verdad con lo que es la evaluación que se puede hacer de instrumentos internacionales, cuestión que aunque me parece evidente prefiero declarar así de manera expresa.

2.2.1. El análisis de la sustancia del *soft law*.

El primer tema en esta parte tiene que ser necesariamente el de su real aporte a la lucha antidiscriminatoria. Formulado en términos interrogativos, ¿Qué valor se les puede atribuir dentro del proceso de codificación y desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?

Sobre ello la primera consideración es que resulta claro que a través del *soft law* lo que hay es un recurso a mayor desarrollo de normas *primarias* que *secundarias*.

Si se entiende que *normas primarias* del orden internacional son aquellas que regulan las conductas de los sujetos y establecen derechos y obligaciones en la forma de hacer o no hacer determinadas cosas (es decir, aquellas que obligan, permiten o prohíben), y por *normas secundarias* se comprende aquellas que principalmente identifican las consecuencias por la violación de normas primarias, aparece claro que la utilidad que puede prestar el *soft law* se reduce al ámbito de las primeras y aún dentro de este habrá que limitar su aporte.

Una mención especial en esta materia tienen las resoluciones de la Asamblea General, de las cuales ya he formulado algunas consideraciones, que son una rica fuente hoy de normas primarias en la lucha por la no discriminación y por la relación que pueden tener en los efectos respectivos ante la costumbre y futuros tratados.

Ahora bien, más allá de esta precisión lo interesante pasa también por determinar las relaciones entre estos instrumentos blandos - el *soft law* - y los tratados, que sería lo que muchos califican de verdadero derecho llamándole así con la expresión *hard law*.

Esta es una dicotomía que seguiré para efectos de ilustrar mejor el análisis pero no por estar convencida de su congruencia con la práctica.

En esa línea bien vale acá recordar la opinión de Boyle, y que me permito compartir, en el sentido que esta división suele ser errada ya que no todo lo que es tratado es en verdad un derecho “duro” y que no todo lo que es “blando” es un “no derecho”¹¹⁸⁰ a lo que hay que agregar que esta conclusión es lógica si se consideran los enormes mecanismos de flexibilidad de los tratados a que he hecho referencia antes y, como también recuerda Riquelme¹¹⁸¹, se olvidan de la infinita variedad del Derecho Internacional que plantea Baxter¹¹⁸² quien además indica en apoyo a su argumento que existen tres tipos de normas en los tratados internacionales que tienen la común característica de no crear una obligación legal con carácter de aplicación forzada, a saber, el pacto de contrahendo, las normas *non self executing* y las exhortaciones o recomendaciones que se contienen en muchos tratados. A todas ellas las denomina “*soft law*”, moviéndose siempre en el marco de los tratados¹¹⁸³.

Con prescindencia de esa consideración, una primera línea de aproximación, considerando este aporte eventual al desarrollo de *normas primarias* en la materia, bien sería preguntarse si en una expresión amplia podría entenderse que algunos de los acuerdos entre estados que no llegan a ser tratados por su propia voluntad (*soft law*) podrían contemplarse por ejemplo en el margen de lo que son aquellos “acuerdos” (“agreement” en el texto en inglés) o “instrumentos” (“instrument” en el texto en inglés) a que se refiere el artículo 31, N° 2, letras a) y b) de la *Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados* celebrados entre estados cuando refiere al contexto de un tratado para efectos de su interpretación en lo que son sus primeras reglas esenciales.

La cuestión no es tan fácil de definir en un sentido favorable al *soft law* para incorporarlo en el contexto ni tampoco en el marco de las otras reglas de interpretación.

A propósito de su Informe de trabajo sobre dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional¹¹⁸⁴, recogido en el Informe Anual de la Comisión de Derecho Internacional¹¹⁸⁵, el Grupo de Trabajo sobre la Fragmentación del Derecho Internacional ha dejado claro en 2006 que se reconocen como fuentes del Derecho Internacional las que establece el artículo 38 del *Estatuto de la Corte Internacional de Justicia* y ha dicho que en lo que toca a la interpretación de los tratados ésta debe ser sistemática e integradora en el marco de un Derecho Internacional que considera como un sistema legal dinámico¹¹⁸⁶.

Por cierto hay que reconocer que este documento si bien usa la expresión “fragmentación” en su título no se hace cargo de ella en el sentido de considerarla un sinónimo de pérdida de unidad del Derecho Internacional sino por el contrario, sólo deja patente las dificultades que derivan de su expansión y que afectan a esta unidad tan proclamada y se manifiesta especialmente preocupado por la cuestión sustantiva de la división del derecho en “marcos” sumamente especializados que

¹¹⁸⁰ Boyle, A.E., “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”. en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 901-913, octubre 1999, p.901.

¹¹⁸¹ Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado* (cit.) p. 334.

¹¹⁸² Baxter, R.R., “International Law in “her infinitive variety”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 1980, pp. 549-566

¹¹⁸³ Baxter, R.R. *International Law in “her infinitive variety”* (cit.) p. 554.

¹¹⁸⁴ Doc. NU A/CN.4/L.682

¹¹⁸⁵ Doc. NU A/61/10

¹¹⁸⁶ Doc. NU A/61/10, párrafo 251.

pretenden tener autonomía relativa tanto entre sí como respecto del derecho general y cuáles son los efectos sustantivos de esa especialización y cómo debe entenderse la relación entre esos "marcos", lo que más concretamente se refiere a si las normas de dos o más regímenes entran en conflicto, qué se puede hacer para resolver esos conflictos¹¹⁸⁷.

Asimismo hay que consignar que en este Informe de 2006 y en su capítulo especial sobre la cuestión, llamado específicamente "Fragmentación del Derecho Internacional: Dificultades derivadas de la diversificación y expansión del Derecho Internacional"¹¹⁸⁸, se incluyó como una tema específico dentro de las Conclusiones de los trabajos del Grupo de Estudio "La integración sistémica y el apartado c) del párrafo 3 del artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados"¹¹⁸⁹ enmarcando el tema de la fragmentación y su abordaje desde la Convención citada como un marco para poder evaluarla y gestionarla de forma técnicojurídica, ya que es un aspecto que une a prácticamente todos los nuevos regímenes (e indudablemente a todos los más importantes) el que esos regímenes basan su fuerza de obligar en el derecho de los tratados y que los sujetos interesados entienden que se rigen por ese derecho, lo que significa que la Convención de Viena constituye ya un marco unificador de esos fenómenos¹¹⁹⁰.

Al efecto vale recordar que la *Convención de Viena* de la materia en su versión en español indica en el mismo 31, 3º letra c) que juntamente con el contexto debe tenerse en cuenta: "*toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes*" (en la versión en inglés el mismo precepto indica "*any relevant rule of international law applicable in the relations between the parties*").

De esta redacción y como se desprende del tenor del Informe de la Comisión de Derecho Internacional, se nota claramente que acá se inspiró la norma en verdaderas reglas del Derecho Internacional para lograr la interpretación sistémica de los tratados que es el fin último al que se apunta con el abordaje de este tema en el marco de la preocupación por la fragmentación, sean tratados, normas consuetudinarias o sean los principios generales de derecho, señalando en este punto el informe que éstos últimos pueden ser pertinentes no sólo cuando la disposición de un tratado es ambigua o confusa o cuando sus términos tienen un significado reconocido en el derecho consuetudinario, al que puede suponerse que han remitido las partes, sino también cuando el tratado no dice nada sobre la ley aplicable y es necesario que el intérprete, recurra a normas desarrolladas en otra parte del derecho internacional para resolver la cuestión.¹¹⁹¹ Sin que sea posible establecer, desprender o reconocer una jerarquía entre las fuentes del derecho, se puede concluir del tenor del informe que en la práctica el orden elegido de consulta para resolver los problemas de interpretación es claramente normas convencionales, normas consuetudinarias y luego principios generales del derecho.

¹¹⁸⁷ Doc. NU A/61/10, párrafo 245.

¹¹⁸⁸ Doc. NU A/61/10, párrafos 233-251.

¹¹⁸⁹ Doc. NU A/61/10, párrafo 251, apartado 4.

¹¹⁹⁰ Doc. NU A/61/10, párrafo 249.

¹¹⁹¹ Doc. A/61/10, párrafo 251.

Todo esto conduce al problema del carácter realmente utilitario de los instrumentos *soft* y la posibilidad de usarlos en el marco de la interpretación sistémica de los tratados, especialmente cuando se está en presencia de un régimen autónomo (“self-contained regimes”) como es el de los derechos humanos donde esta clase de instrumentos, carentes de fuerza jurídica por sí mismos, abundan y son ricos en contenido sustantivo para ayudar a esclarecer los términos de un acuerdo vinculante y donde en último término su interpretación y su aplicación deberían reflejar, en la medida de lo posible, el objeto y el fin de este régimen autónomo o especial que en el caso del de los derechos humanos no es ni más ni menos que la protección de las personas y su dignidad.

En buena medida la solución pasaría por la extensión que se le da a la expresión “acuerdo” o “instrumento” (“agreement”, “instrument” o incluso “political treaties”) toda vez que en una formulación amplia como la que plantea el juez Baxter¹¹⁹² pueden existir acuerdos que no sean tratados y no podríamos restarles todo mérito por tal causa.

Si bien en el Informe de 2006 se notan pocas luces para incluir el tema en el sentido que vengo insinuando, lo cierto es que la inclusión en 2008 de un nuevo tema a los trabajos de la Comisión, “Los tratados en el tiempo”, augura que al menos tendría que llegarse a hablar en alguna oportunidad de qué representan en verdad este tipo de instrumentos *soft* cuando se trata de la práctica ulterior de los estados respecto de lo acordado en un tratado, puesto que en el Informe del año 2010 se indica que el Grupo de Estudio emprendió los trabajos sobre los aspectos del tema relativos a los acuerdos y la práctica ulteriores, sobre la base de un informe introductorio elaborado por su Presidente acerca de la jurisprudencia pertinente de la Corte Internacional de Justicia y de los tribunales arbitrales de jurisdicción especial en que se abordaban varias cuestiones como: problemas terminológicos; la importancia general de los acuerdos y la práctica ulteriores en la interpretación de los tratados; la cuestión del derecho intertemporal; la relación entre la interpretación evolutiva y los acuerdos y las prácticas ulteriores; los distintos elementos de los acuerdos y las prácticas ulteriores, incluidos el inicio y fin del período pertinente durante el cual se puede producir el fenómeno, la búsqueda de acuerdos o entendimientos entre las partes, incluido el papel que puede desempeñar el silencio, y cuestiones de atribución del comportamiento al Estado; así como los acuerdos y la práctica ulteriores como posible forma de modificación de los tratados¹¹⁹³. Sin duda me parece que esta relación de cuestiones puede ser un marco para introducir debates sobre el *soft law* y sus consecuencias ampliándose desde el ámbito en que se ha considerado al ámbito especial de los derechos humanos.

Una segunda opción que vincula al *soft law* con algún grado de valor normativo sería su inclusión por referencia en tratados internacionales.

El profesor Remiro ha definido claramente la incorporación por referencia - al hablar de la determinación del contenido de los tratados - diciendo que es “una técnica de redacción del texto de

¹¹⁹² Baxter, R.R., “International Law in ‘her infinitive variety’” (cit.) p. 550.

¹¹⁹³ Doc. A/65/10, párrafos 348 y 349.

un tratado consistente en sustituir la regulación directa de la totalidad o parte de una materia por la invocación de un texto conocido y determinado que se entiende incorporado al tratado en los términos en que los negociadores convengan”¹¹⁹⁴.

Si bien la doctrina consultada para el tratamiento de este tema asume que el texto referido suele ser otro tratado o una ley interna¹¹⁹⁵, la práctica muestra referencias a instrumentos que no califican fácilmente en alguna forma jurídica conocida: en buena medida lo que se ha venido llamado *soft law*.

Ejemplos se encuentra en los Preámbulos de algunas recientes convenciones de derechos humanos. En efecto es el caso de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* cuya letra f) señala que se reconoce la importancia que revisten los principios y las directrices de política que figuran en el Programa de Acción Mundial para los Impedidos y en las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad como factor en la promoción, la formulación y la evaluación de normas, planes, programas y medidas a nivel nacional, regional e internacional destinados a dar una mayor igualdad de oportunidades a las personas con discapacidad. También se puede apuntar en sentido similar el *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* que indica en su Preámbulo que se adopta reconociendo la importancia de aplicar las disposiciones del Programa de Acción para la Prevención de la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía, así como la Declaración y el Programa de Acción aprobado por el Congreso Mundial contra la Explotación Sexual Comercial de los Niños, celebrado en Estocolmo del 27 al 31 de agosto de 1994, y las demás decisiones y recomendaciones pertinentes de los órganos internacionales competentes. Claramente aquí hay una consideración expresa a instrumentos que no son tratados pero enmarcan la adopción de uno.

El problema es evidentemente uno de ambigüedad en esta pretensión de entender acá una incorporación por referencia ya que se trata de los Preámbulos y no lo dispositivo de los acuerdos contenido en el respectivo articulado.

No obstante ello, debe decirse que la incorporación por referencia no sólo está presente en tratados, también puede observarse en otro instrumento vinculante del Derecho Internacional como son las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas ya que por el artículo 25 de la Carta de las Naciones Unidas, sus miembros han convenido en aceptar y cumplir las decisiones de este Consejo de acuerdo con la Carta, y estas decisiones toman fuerza justamente en la forma de Resoluciones, debiendo tenerse en cuenta además la relación con el artículo 103 de la misma Carta cuyo ámbito de aplicación, como ha dicho la propia Comisión de Derecho Internacional¹¹⁹⁶,

¹¹⁹⁴ Remiro A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987, p. 293.

¹¹⁹⁵ Remiro A. y otros, *Derecho Internacional (cit.)* pp. 590-591.

¹¹⁹⁶ Doc. NU A/61/10, párrafo 251, apartado 6, numeral 35).

comprende no sólo los artículos de la Carta, sino también las decisiones de obligado cumplimiento adoptadas por órganos de las Naciones Unidas como el Consejo de Seguridad.

Para el tema que me ocupa referiré a dos que ya he visto y que son las que se han aprobado en relación a la situación de la mujer en situación de conflicto armado: las Resoluciones 1325 del año 2000 y la 1820 del año 2008. En estas hay claras demostraciones de incorporación de instrumentos blandos por vía de referencia.

La primera de ellas por ejemplo, ya en su Preámbulo se refiere a los compromisos enunciados en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing¹¹⁹⁷, y la Declaración de Windhoek y el Plan de Acción de Namibia sobre la incorporación de una perspectiva de género en las operaciones multidimensionales de apoyo a la paz¹¹⁹⁸, como marcos en los que debe insertarse esta nueva preocupación internacional.

La Resolución 1820 en tanto reafirma también la determinación expresada en el Documento Final de la Cumbre 2005 de eliminar todas las formas de violencia contra la mujer y la niña, invoca asimismo los compromisos enunciados en la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing, así como los contenidos en el documento final del vigésimo tercer período extraordinario de sesiones de la Asamblea General titulado “La mujer en el año 2000: igualdad entre los géneros, desarrollo y paz para el siglo XXI”¹¹⁹⁹, especialmente los relativos a la violencia sexual y a las mujeres en situaciones de conflicto armado.

Como se aprecia, el Consejo de Seguridad apela en sus resoluciones obligatorias a un marco normativo que viene dado por construcciones carentes de valor jurídico en estricto sentido.

A esta cuestión hay que adicionar los problemas que en sí misma tiene la técnica de la incorporación por referencia en la determinación del contenido de una norma u obligación aplicable a un cierto caso, como son la eventual pérdida de identidad del texto incorporado, que “sigue las vicisitudes del tratado al que se incorpora, siéndole ajenas las que afectan a su identidad primitiva”¹²⁰⁰ y por supuesto la que puede resultar en mayor controversia práctica y que se aplica muy bien a los instrumentos de *soft law* y es lo que ha puesto de relieve para los tratados la profesora Paz Andrés¹²⁰¹ sobre los problemas en el orden interno cuando el texto referido es un tratado del que no es parte el estado que necesita ratificar, lo que se puede entender también aplicable cuando se esté ante un instrumento blando respecto del que el estado no ha participado en su discusión, elaboración y adopción y que se podría agravar si la presunta voluntad expresada por los intervinientes - jurídica o netamente política - no queda claramente establecida, dando lugar a dudas en el instrumento adoptado que tendría que ayudar a su vez a fijar el contenido obligacional de otro.

¹¹⁹⁷ Doc. NU A/52/231

¹¹⁹⁸ Doc. NU S/2000/693

¹¹⁹⁹ Doc. NU A/S-23/10/Rev.1

¹²⁰⁰ Remiro A. y otros, *Derecho Internacional (cit.)* p. 590.

¹²⁰¹ Citada por Remiro A. y otros, *Derecho Internacional (cit.)* p. 591.

2.2.2. El análisis de la forma del *soft law*.

En el caso del *soft law* de los estados, el recurso al uso de esta vía puede ser útil para obviar el trámite de pasar por los órganos legislativos en el nivel interno que pueden no estar en un cierto momento y tiempo dispuestos a consentir que las autoridades comprometan jurídicamente al estado pudiendo también saltar engorrosos procedimientos para su reforma en el plano internacional.

Desde esa mirada y hablando de su utilidad, bien vale pensar en que sea mejor contar con un instrumento “blando” que con un tratado plagado de reservas, declaraciones interpretativas o que use la enorme gama de mecanismos de flexibilidad que hoy muestra la práctica¹²⁰² para abordar así nuevos temas de la agenda social que requieren tratamiento en el orden jurídico internacional y respecto de los cuales los estados sólo sean capaces de ponerse de acuerdo en un tiempo determinado bajo la premisa de la vaguedad e imprecisión que muchas veces contienen estos instrumentos.

Sin embargo, al no ser realmente “derecho internacional” muchas cuestiones surgen y quedan sin respuesta en lo que toca a su forma.

Qué derecho gobierna en realidad estos instrumentos y cómo se incorporan a las jurisdicciones domésticas son sólo las dos más evidentes.

Mención aparte para el de las sanciones por incumplimiento. Si ello es ya un tema difícil en el ámbito de los tratados mucho más difícil es frente a las pretendidas “infracciones” del *soft law*, especialmente cuando la violación pueda ser sistemática y masiva, y obedecer a una verdadera política de un gobierno determinado. Lo mismo cuando se trata de las que Nash llama “violaciones estructurales”¹²⁰³ a los derechos humanos en las cuales bien se enmarca la situación de las minorías sexuales en algunos países y que puede coincidir en buena medida con lo que he llamado también discriminación múltiple.

Además, es necesario constatar que a través del *soft law* lo que hay mayoritariamente es un recurso a desarrollo de normas *primarias* y no *secundarias*, como ya he referido, con lo cual su aporte para ser usados en un eventual estadio jurisdiccional o semi-jurisdiccional se reduce aún más, lo cual en todo caso es evidente.

Frente a todas estas cuestiones que dejan interrogantes abiertas y en constante aparición parece ser que las respuestas probables se pueden agrupar en torno a dos resultados posibles. De un lado, restar todo valor y posibilidad de hacer exigible su contenido por ser un “no derecho”. Del otro, considerar que un grado de normatividad debe encontrarse en estos instrumentos de *soft law* y que por tanto algún grado de obligatoriedad puede hacerse surgir de ellos.

En base a la doctrina y la práctica internacional opto claramente por la segunda opción como se entiende de todo lo relatado en esta tesis. Argumentos creo que hay suficientes.

¹²⁰² El tema ha sido tratado en Martin, P., *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.

¹²⁰³ Nash, C., “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?” (cit.) p. 1179.

Los principios de buena fe, la figura del *estoppel* que de él deriva y la conocida regla del efecto útil tienen que servir a mi modo de ver como argumentos suficientes para sostener que un cierto grado de normatividad se les puede atribuir lo cual significaría que, ante la carencia de una eventual sanción, sí es posible pedir al estado consecuencia de actuar en sentido congruente a ellas, sobre todo cuando se trate del *soft law* que emana de sujetos estatales y ello porque en muchos casos, como dice Carrillo Salcedo a propósito de las resoluciones de la AGNU y otros instrumentos blandos, si bien “*per se* no son obligatorios, tienen no obstante significado normativo en la medida en que señalan *objetivos de política jurídica*”¹²⁰⁴.

En efecto, el principio de buena fe está concebido como uno rector de las relaciones entre estados. En ese sentido lo contiene la Resolución 2625, de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970, que contiene la conocida *Declaración sobre los principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas* y que indica que todo estado tiene el deber de cumplir de buena fe las obligaciones que ha contraído en virtud de la Carta de las Naciones Unidas; las contraídas en virtud de los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos y las contraídas en virtud de acuerdos internacionales válidos con arreglo a los principios y normas de derecho internacional generalmente reconocidos, y que cuando las obligaciones derivadas de acuerdos internacionales estén en pugna con las obligaciones de los miembros de las Naciones Unidas en virtud de la carta, prevalecerán estas últimas. De esta manera, así concebido el principio de buena fe es uno básico de derecho internacional por el cual los estados deben guiar su comportamiento internacional y desarrollar sus relaciones mutuas.

Si estimamos la no discriminación tanto como norma como en cuanto principio y se considera la cantidad enorme de obligaciones que los estados han asumido convencionalmente para protegerla, bien se podría llegar a determinar que deben respetar cualquier clase de instrumento que se adopte como derivado de tales obligaciones de respeto, protección y promoción de la no discriminación.

Por su parte, la institución del *estoppel* denota la idea de que un estado puede llegar a verse obligado por actos que estrictamente carecen de valor jurídico a fin de impedir que otro se perjudique con el mérito de las contradicciones del primero. Es la hispana “doctrina de los actos propios” y encuentra su fundamento justamente en el principio de la buena fe.

Dicho en otras palabras, lo estados están obligados por sus propios actos y comportamientos, en función de esta general obligación de obrar de buena fe y del derecho de los demás estados de fiarse de la conducta del primero¹²⁰⁵.

Comparto en todo caso con el Profesor Remiro Brotons que el *estoppel* debe dejarse para el ámbito estrictamente procesal para garantizar un aparato conceptual operativo y una función

¹²⁰⁴ Carrillo Salcedo, J.A., *Dignidad frente a la barbarie* (cit.) p. 90.

¹²⁰⁵ Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales* (cit.) p. 146.

específica aunque residual en el Derecho Internacional¹²⁰⁶. Pastor lo grafica muy bien cuando señala que el *estoppel* tiene carácter de límite, de restricción, y cumple realmente una función de privación o pérdida de derechos¹²⁰⁷. Además, si bien en cuanto figura procesal se ha mantenido en las relaciones procesales jurídicas entre estados y no debe perderse de vista que en general los casos en que se ha llevado a sede jurisdiccional esta figura y ha existido un pronunciamiento - expreso o tácito - del órgano jurisdiccional de que se trate han sido promovidos por estados respecto de infracciones al derecho internacional por y entre estados¹²⁰⁸, lo cierto es que conduce al tema de la posible formación de una obligación internacional por los comportamientos (o las omisiones incluso) de los estados.

Frente a ello no cabe más que preguntarse si esta posibilidad de obligarse por sus comportamientos podría ser también invocada, junto a otras fuentes por cierto, por los individuos que persigan en sede jurisdiccional la responsabilidad del estado por violar derechos humanos. Un ejemplo teórico sería una declaración de un estado, sin destinatario específico sino más bien dirigida a la comunidad internacional en su conjunto, en que se señale que adhiere a ciertos principios que a su vez pueden estar mejor desarrollados en un instrumentos de *soft law*, y luego pretenda dictar una legislación contraria a ello, afectando intereses individuales.

Graficar lo anterior supone pensar en la adopción de una determinada Declaración u otro instrumento no vinculante ante el cual el estado no podría luego pretender actuar en forma contraria a lo que allí se señala.

Concretamente en el caso de la *identidad de género* y la *orientación sexual*, tomando como referencia la Declaración de la ONU de 18 de diciembre de 2008, sobre la que iré en detalle más adelante, se podría argumentar a favor de un cierto valor jurídico para ella al establecer en su párrafo 11° que los estados deben tomar todas “*las medidas necesarias, en particular las legislativas y administrativas, para asegurar que la orientación sexual o la identidad de género no puedan ser, bajo ninguna circunstancia, la base de sanciones penales, en particular, ejecuciones, arrestos o detención*” frente a lo cual situaciones como las que ocurren en Chile con la extensión de interpretación del artículo 373 del Código Penal y en Estados Unidos con la consideración de la homosexualidad en los procesos penales, ambos países firmantes del documento de fin del 2008, permitirían pensar al menos en invocar por vía de una figura cercana a un posible *estoppel* una cierta responsabilidad de los estados, aunque sea en sede política y diplomática lo que al menos debería mover a los estados a pensar en la congruencia de su actuar, considerando la legitimidad que brinda el respeto de los derechos humanos en la política internacional de estos tiempos¹²⁰⁹.

¹²⁰⁶ Véase Remiro A. y Otros, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2007, pp. 308-310.

¹²⁰⁷ Pastor Ridruejo, J.A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales (cit.)* p. 146.

¹²⁰⁸ Véase Remiro A. y Otros, *Derecho Internacional (cit.)* pp. 308-310.

¹²⁰⁹ Sobre el primer caso apuntado, es un hecho conocido que cada vez es menos silenciosa en Chile la voz de quienes reclaman que en función de su orientación sexual y las manifestaciones de afecto que buscan compartir con su pareja (los mismos besos y abrazos que los heterosexuales de profesan en lugares públicos sin escándalo para nadie) son detenidas por la policía bajo el paraguas que brinda el artículo 373 del Código Penal chileno, norma que data de 1874 y que permite una verdadera discriminación por parte de los operadores de lo penal en el país y frente a la cual las autoridades civiles no han tomado ninguna medida adecuada para que no se

Como corolario a estos ejercicios habría que traer la regla (o principio) del “efecto útil” que en materia de interpretación de tratados tiene algún reconocimiento ya pese a no estar expresamente recogida en las reglas de Viena y que se traduce en simples palabras en que la interpretación que se atribuya a una cláusula de un instrumento debe permitir hacer posible que el instrumento cumpla su misión práctica o política, alcanzando su objeto y fin puesto que hay que suponer que los autores han desarrollado el texto para que tenga algún efecto y en ese sentido sea útil. Si bien la idea se ha desarrollado a propósito de los tratados y su interpretación, me parece que la lógica que subyace en ella debe servir como argumento para entender que algún efecto útil deben tener los instrumentos que se firman con un contenido que tiene al menos la pretensión de ser prescriptivo como ocurre con muchos del *soft law*.

Conforme estos conceptos e ideas entonces una respuesta académica iría por decir que si bien el *soft law* no tiene carácter jurídico vinculante, sí produce “consecuencias” jurídicas en aplicación de la regla de buena fe - en que se basa el *estoppel* cuando esta figura podría tener alguna aplicación - y por la lógica que supone el que los actos se presume que están llamados a cumplir algún efecto y que si bien pueden no ser alegables en un juicio, sí son alegables políticamente tanto a nivel interno como internacional.

Explicado todo lo anterior, lo cierto es que me parece necesario apuntar también el reconocimiento del *soft law* como un medio que sirve a los estados para aprovechar aquellas instancias en que se forma y que, si bien no permiten llegar al puerto de un tratado, sí pueden servir para formar la *opinio iuris* o para cristalizar una norma convencional futura.

En síntesis, la opción de dar algún mérito al *soft law* ayuda a que el sistema internacional normativo no quede estancado o paralizado ya que al menos se permite que los principales sujetos desarrollen distintos niveles normativos y a la vez que actores no estatales puedan intervenir en aquellos temas que van requiriendo un tratamiento normativo por *soft* que éste sea.

Sobre todas las interrogantes que desde la técnica jurídica presenta el *soft law* - algunas simplemente relatadas en estos párrafos con una abundante “imaginación jurídica” de mi parte, lo cual reconozco - desde luego me apunto por mantener los problemas en el debate y seguir usando el *soft law* ya que en tanto no se logren consensos en la materia por los verdaderos operadores jurídicos, la protección de la *identidad de género* y la *orientación sexual* será un tema que no será oído como muchos otros de aquellos en que el Derecho debe marcar el “cómo deberían ser las

haga el uso y abuso de esta norma a que me refiero. El precepto citado señala que “Los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código, sufrirán la pena de reclusión menor en sus grados mínimo a medio”. Sobre las denuncias formuladas en más de una ocasión por colectivos detenidos por la fuerza pública en base a tal norma y liberados luego por carecer de mérito la detención véase <http://www.opusgay.cl/1315/printer-33530.html>. (último acceso 26 de octubre de 2008) Por su parte, en Estados Unidos alguna doctrina se ha dedicado a analizar la influencia que la condición asumida o descubierta de homosexual supone que se entiende casi como una “agravante” y transforma al individuo investigado por estar presuntamente involucrado en un hecho delictual en un sujeto casi condenado desde el inicio. Sobre cómo la aversión a los homosexuales se ha usado como argumento en el sistema penal de los Estados Unidos véase Shortnacy, M., “Guilty and Gay, a recipe for execution in American courtroom: Sexual Orientation as a tool for prosecutorial misconduct in death penalty cases” (cit.).

cosas” considerando la realidad social y las múltiples valoraciones que de la cuestión se pueden hacer.

3. EL APOORTE DEL *SOFT LAW* PARA LA NO DISCRIMINACION POR *ORIENTACION SEXUAL* E *IDENTIDAD DE GENERO*.

Efectuadas ya en el apartado anterior las consideraciones esenciales sobre el aporte del *soft law* que sirven en buena medida de justificación al porqué se ha tratado en esta tesis con tanto énfasis, dedicando incluso un capítulo especial para aquellas de sus manifestaciones que no se relacionan directamente con los sistemas formales de protección de derechos, en esta parte lo que busco es presentar los principales instrumentos de *soft law* que se encuentran a favor de la no discriminación que me ocupa, los cuales he tratado de agrupar siguiendo un criterio que une lo cronológico con lo sustantivo, reconociendo que ambos enfoques están de la mano cuando se analiza la evolución que han tenido tales instrumentos en el ámbito internacional, llegando a un último estadio que da mayor amplitud conceptual al tema.

Lo que quiero presentar acá entonces son aquellos desarrollos a favor de la no discriminación por *identidad de género* y *orientación sexual* que han corrido en paralelo a lo que son los caminos formales para ello, esto es, los caminos de la institucionalidad de Naciones Unidas y de los tratados internacionales, agrupándolo entre aquellos que emanan de la sociedad civil, es decir, de actores no estatales, y en aquellos que emanan de los propios estados.

Antes de ello y siguiendo lo que ha sido el método seguido en esta investigación, estimo indispensable dar el marco histórico-social que acoge a estos desarrollos en buena medida y presentar también la recepción que estos criterios han tenido en las conferencias mundiales de las últimas décadas, consideración necesaria por el carácter de *soft law* de los planes y programas de acción que de ellas han ido surgiendo y por el rol determinante que ha tenido para su existencia y desarrollo la actuación de la sociedad civil que ha luchado por los derechos de minorías sexuales.

3.1. Los nuevos planteamientos sobre sexualidad y el rol de la sociedad civil. Desde el impacto de Stonewall a las Marchas del Orgullo Gay.

Los llamados *Disturbios de Stonewall*, que en junio de 2009 cumplieron ya cuarenta años, marcan el inicio de la visibilización de la verdadera revolución sexual que se vivió en los años sesenta y que desde Estados Unidos se extendería a buena parte del resto del mundo, con bastante fuerza en algunos sectores y con bastantes piedras en el camino en el caso de otros¹²¹⁰.

¹²¹⁰ Como bien señalo, los disturbios de Stonewall marcan el inicio de la “visibilización” del tema de la homosexualidad. Antes y en un plano más bien conservador e incluso de forma previa a que se acuñara la expresión “homosexual” por el austriaco Kertbeny, el alemán Karl-Heinrich Ulrichs (1825-1895) es considerado el primer activista a favor de la igualdad de derecho para los

En junio de 1969 se vivieron una serie de sucesos violentos entre la comunidad LGTB y la policía de Nueva York que comenzaron con una redada el 28 de ese mes en torno al conocido pub de ese nombre (“Stonewall”), famoso por recibir a minorías y grupos marginados socialmente, entre ellos gays, travestis y prostitutas. Fue la primera vez que los movimientos por una sexualidad diversa en Estados Unidos se enfrentaron a un régimen que los perseguía con el beneplácito de la autoridad y constituye en un cierto sentido el detonante para las reivindicaciones posteriores de derechos de las personas pertenecientes a estos colectivos.

Así, el 28 de junio de 1970 tuvo lugar la primera *Marcha por el Orgullo Gay* en la misma ciudad y en Los Angeles, conmemorando el aniversario de los conocidos disturbios, lo cual se ha constituido en una tradición mundial para recordar estos tristes sucesos cada final de junio en diversas partes del mundo, o al inicio de la primavera según el lado del planeta en que nos situemos.

En efecto, las llamadas *Marchas por el Orgullo Gay* son ya una tradición que mueve activamente a buena parte del mundo LGTB y aún a los que no compartiendo sus decisiones sobre *orientación sexual* respetamos el reclamo pacífico por el ejercicio de una *sexualidad* libremente consentida entre adultos.

Para el año 2010 han sido ya muchos países los que se han sumado a Estados Unidos existiendo en ellos grupos que promueven estas marchas y son frecuentemente difundidas en la prensa mundial¹²¹¹, incluso en países en que todavía existe una fuerte legislación que condena por actos sexuales entre personas del mismo *sexo*.

Un ejemplo reciente de este último grupo es India¹²¹². En la ciudad de Chennai se celebró al fin de junio de 2009 la primera marcha de este tipo en ese tradicional país cuyos organizadores planificaron esperando que ayude a que se tome conciencia entre la población de los desafíos que enfrenta la comunidad LGTB y la reforma legal necesaria para terminar con las odiosas discriminaciones.

Otro ejemplo de un país de cultura conservadora frente a las reclamaciones de grupos sexuales minoritarios es Chile¹²¹³. En septiembre de 2009 se llevó a efecto en Santiago la IX Marcha por el Orgullo Gay, convocada por asociaciones civiles defensoras de los derechos de los grupos LGTB, convocando incluso a algunos sectores políticos en el marco del proceso electoral que vivió el país en 2009 y siendo dedicada a la memoria de la poetisa y premio Nobel Gabriela Mistral, de quien recientemente se ha confirmado habría tenido una relación amorosa con su

homosexuales y de la despenalización de tales afectos y relaciones. Si bien no es frecuente encontrar su nombre en las obras consultadas sobre la sexualidad y su construcción e historia, sí es nombrado y reconocido en el marco de los actuales activistas sociales a favor de la lucha homosexual.

¹²¹¹ Alemania, Argentina, Austria, Brasil, Canadá, Colombia, El Salvador, España, Guatemala, Holanda, Israel, Japón, Letonia, México, Perú, República Checa, Rusia, Uruguay, son los principales países que se encuentran en una revisión de prensa sobre la promoción que se hace de las marchas por el Orgullo Gay.

¹²¹² El Código Penal de la India sanciona en el artículo 377 los que llama “Delitos contra natura” estableciendo que quienquiera que voluntariamente tenga comercio carnal contra natura con cualquier varón, mujer o animal, será castigado con cadena perpetua o con pena de prisión de cualquier tipo de hasta diez años y también será multado.

¹²¹³ El Código Penal chileno sanciona en el artículo 365 a los mayores de edad que mantengan relaciones homosexuales con personas entre 14 y 18 años; y el artículo 373 por su lado sanciona las ofensas al pudor, la moral o las buenas costumbres entre las que la autoridad nacional policial y judicial ha incluido las prácticas amorosas entre personas del mismo sexo.

albacea, la estadounidense Doris Dana¹²¹⁴. La Marcha se repitió en septiembre de 2010, coincidiendo con las celebraciones del Bicentenario del país, exigiéndose ciudadanía plena para las minorías sexuales y otorgándose un reconocimiento al conocido escritor Pablo Simonetti, destacado no sólo por su obra literaria sino por su activismo decidido a favor de la causa sobre los derechos de los homosexuales, grupo del que ha señalado expresamente forma parte; y al Embajador de Argentina en Chile, por la aprobación en ese vecino país de la ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Esta labor activista es especialmente relevante pues en un tema tan difícil de abordar en muchas sociedades como todo lo que tiene que ver con una *identidad de género* diversa a la convencionalmente aceptada o con una *orientación sexual* de carácter *homosexual*, han abierto el camino para empezar a andar en nuevos recorridos que vayan poniendo fin o disminuyendo al menos las discriminaciones.

Sin embargo, hay que apuntar que estos movimientos civiles siguen en muchos casos generando gran controversia y el ejemplo que ilustra esta aseveración es Serbia y los hechos de violencia ocurridos en octubre de 2010 frente a lo que ha sido la Primera Marcha del Orgullo Gay en Belgrado. Si bien la prensa destacó mundialmente el hecho de la movilización ciudadana a favor de derechos, al poco andar la noticia se centró en cómo los grupos ultra conservadores realizaron actos de violencia en base en la homofobia que aún existe en el país frente a los grupos que reivindican una sexualidad diferente, a lo que también se opone la Iglesia Ortodoxa serbia¹²¹⁵.

Pese a esta reciente situación que podría dar la idea de un “retroceso” en la lucha desde el activismo, lo cierto es que la lectura debe provenir del otro lado. Justamente la violencia demuestra la necesidad de luchar por los derechos de personas que por sentir diferente o expresar su amor a alguien del mismo *sexo* sufren hostigamiento, persecución y violencia extrema como ha sido en este caso. El activismo ha jugado un rol en esta lucha y no debe olvidarse pues muestran al mundo de la institucionalidad qué es lo que en verdad ocurre en la vida real y cotidiana de las personas y así ha sido particularmente en este mundo de la *sexualidad*, tan lleno de diversidad y matices

Como señalan Osborne y Guasch en su análisis sociológico de la sexualidad, antes de la institucionalización vino el movimiento, dando cuenta que los movimientos de liberación sexual de finales de los sesenta en el conjunto del mundo occidental son hijos del radicalismo de los sesenta en ambos lados del océano. “Sus miembros se gestaron en el movimiento a favor de los derechos civiles y la Nueva Izquierda, en el movimiento en contra de la guerra de Vietnam así como en los movimientos estudiantiles, personificado en Europa sobre todo a raíz del Mayo del 68. De una

¹²¹⁴ En el año 2009 fue lanzado en Chile el libro *Niña Errante: Cartas a Doris Dana* escrito por la chilena Gabriela Mistral, en que se contiene el epistolario que muestra la relación sostenida por años entre la Premio Nobel de Literatura y quien fuera primero su alumna, luego su amiga, compañera, secretaria y por último, albacea de sus bienes, la escritora estadounidense Doris Dana. La publicación desató gran controversia en el país, especialmente por desprenderse de ella que habría existido una relación afectiva entre ambas, denotando con ello el lesbianismo de la poetisa como su orientación sexual.

¹²¹⁵ “*Más de un centenar de heridos en Belgrado en choques entre grupos homófonos y policías*”. Fuente: Diario El País, 10 de Octubre de 2010. Disponible en: http://www.elpais.com/articulo/internacional/centenar/heridos/Belgrado/choques/grupos/homofobos/policias/elpepuint/20101010elpepuint_6/Tes (último acceso: 24 de octubre de 2010)

manera más difusa, la contracultura supuso un rechazo del conocimiento racional como principal camino hacia el conocimiento y hacia el cambio social a través de un cambio en las mentalidades”¹²¹⁶.

Los sociólogos citados explican que estos movimientos hicieron suyos los contenidos de una “política sexual” radical, al conceder una importancia central a la familia y a la necesidad de liberación sexual para una liberación política. En suma, se reconceptualizó el significado tradicional de la política con lemas como “lo personal es político”¹²¹⁷.

Agregan que no obstante ello, las limitaciones de la puesta en práctica de los nuevos principios en el contexto de la efervescencia y exploración que supuso la “revolución sexual” crean el descontento entre muchos jóvenes de las nuevas hornadas. Si de una parte se sexualiza el mundo, de otra se comercializa y objetualiza el cuerpo femenino; la homosexualidad sigue sin ser reconocida como una opción sexual legítima y la heterosexualidad normativa y monógama continúa en el escalón más alto de la jerarquía sexual. El control sobre el propio cuerpo se convierte en un elemento unificador de la diversidad de los movimientos de liberación sexual y en motor de la política sexual¹²¹⁸.

Esta aparición en los años sesenta de los movimientos y acciones liberadoras y su desarrollo en las décadas siguientes van a tener eco en la institucionalidad que se empieza a desarrollar en forma paralela a las convenciones y acuerdos formales en los cuales el camino es más difícil de recorrer como ya hemos visto por conspirar en ello la demanda de soberanía que para sí hacen los estados y la complejidad que encierra la temática de la *sexualidad* y sus manifestaciones diversas.

Si bien estos desarrollos tienden a centrarse en aquellos a favor de la *mujer* como se ha visto, intentando complementar los instrumentos vinculantes, la ampliación de conceptos desde el *sexo* al *género*, y desde las solas relaciones *heterosexuales* a las *homosexuales* empieza a buscar un espacio que de a poco ha ido encontrando.

En los párrafos siguientes daré cuenta de estos procesos y algunas de las formas que han ido tomando.

¹²¹⁶ Osborne, R. y Guasch, O, “Avances en Sociología de la Sexualidad”, en Osborne, R. y Guasch, O. (Comps.), *Sociología de la sexualidad*, 1ª edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2003, p.17.

¹²¹⁷ Osborne, R. y Guasch, O, “Avances en Sociología de la Sexualidad” (cit.) p.17.

¹²¹⁸ Osborne, R. y Guasch, O, “Avances en Sociología de la Sexualidad” (cit.) p.17.

3.2. Las Conferencias Internacionales y la Discriminación por *Identidad de Género* y *Orientación Sexual*.

3.2.1. La *identidad de género* y la *orientación sexual* antes de Beijing.

Como se ha dicho¹²¹⁹, Beijing marca un antes y un después en temas vinculados a las *mujeres* y su *sexualidad*.

Antes de ella, muchas Conferencias abordaron aspectos referidos a la *sexualidad* pero en contextos determinados generalmente al desarrollo y cuestiones demográficas y casi siempre como referida a la *mujer*, sin extender la *sexualidad* a los otros matices de ella.

Así, antes de 1995 hubo planteamientos más desarrollados ya con algunos aportes del movimiento de mujeres y feministas, pero siempre en clave de su relación con el desarrollo, que se tradujeron en los resultados de la *Conferencia sobre Medio Ambiente y Desarrollo* (Río de Janeiro, 1992); de la *Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos* (Viena, 1993); y de la *Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo* (El Cairo, 1994).

Las Conferencias de la Mujer por su parte, tienen en un primer término una aproximación ligada a la perspectiva demográfica y desarrollista que se refleja en la *1ª Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Mexico, 1975); en la *2ª Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Copenhague, 1980); en la *3ª Conferencia Mundial sobre la Mujer* (Nairobi, 1985), girando en torno a la trilogía “igualdad, desarrollo y paz” e incluso también en la *Cumbre Mundial a favor de la Infancia* (Nueva York, 1990) que centraba los trabajos además en la mujer y las niñas, lo cual responde a su lógica condición de primer grupo vulnerable en estos ámbitos.

En todas estas conferencias, si bien se puede apreciar un espíritu imbuido de lograr la igualdad entre *sexos*, o entre *hombres* y *mujeres*, no se observó el mismo interés - o ninguno - en los temas referidos a nuevas *identidades de género* o a *orientaciones sexuales* diversas.

Por de pronto se observa en casi todas ellas la proclamación de la igualdad y la no discriminación como principios rectores, enumerando los criterios clásicos junto a otros - no los que ocupan a este trabajo - y usando la clásica fórmula residual: “otra condición social”, para dejar abierta la puerta a otros criterios prohibidos de discriminación, donde tendrían que quedar incluidos la *orientación sexual* y la *identidad de género*.

Ejemplo claro de ello está en los principios del *Programa de Acción* de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo: “*Principio 1. Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Toda persona tiene los derechos y las libertades proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin distinción alguna por motivos*

¹²¹⁹ Véase en el Capítulo 3º el tema “Las Conferencias Internacionales y la Discriminación de Mujeres”.

de raza, color, **sexo**, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento **o cualquier otra condición**”¹²²⁰ (el destacado es mío).

Este mismo documento internacional sirve para ejemplificar como las reivindicaciones de *minorías sexuales* no fueron oídas. Efectivamente, al leer en conjunción los principios 8 y 9 se nota un guiño hacia una apertura en temas de *sexualidad* al reconocer el derecho de hombres y mujeres y de “parejas” por igual a la salud reproductiva pero volviendo a la clásica concepción de restringir ciertos derechos, como el matrimonio, a personas del mismo sexo, cuando en el marco de la importancia que se atribuye a la familia en el principio 9 se refiere al libre consentimiento entre los cónyuges, afirmando que “**el marido y la mujer deben estar en igualdad de condiciones**”¹²²¹. También el párrafo 7.34 muestra la condición heterosexual que se asume como el único presupuesto al indicar: “...La conducta sexual responsable, la sensibilidad y la equidad en las relaciones **entre los sexos**, particularmente cuando se inculca durante los años formativos, favorecen las relaciones de respeto y armonía entre **el hombre y la mujer**” (todos los destacados son míos).

Además de las ya clásicas “reservas” que provienen del mundo del Islam, como la de Afganistán, Kuwait, la Jamahiriya Árabe Libia, Emiratos Árabes Unidos, Yemen, Djibouti, para salvaguardar la ley cherámica, mención especial merecen para el fin de este apartado los pronunciamientos de El Salvador, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Guatemala, Jordania, Irán y por cierto Argentina y la Santa Sede.

El Salvador hace incapié en que la familia es entre hombre y mujer, buscando así dejar fuera de forma categórica cualquier formación de familia que incluya una relación homosexual, haciendo también reserva por el uso de la expresión “individuos”¹²²².

Más énfasis puso Honduras al indicar que “...el contenido de los términos “composición y estructura familiar”, “tipos de familia”, “pluralidad de formas de familia”, “otras uniones” y de cualesquiera otros, solo pueden ser entendidos en el sentido que dichos términos nunca podrán significar para Honduras parejas o uniones de personas del mismo género o sexo”¹²²³ en una clara confusión entre conceptos.

Nicaragua hace por su parte un planteamiento en orden a que no se puede alterar la esencia de la familia que es entre un hombre y una mujer y que lleva asociada la reproducción. Expresamente señala que “...acepta que la familia puede tener distintas formas, pero en ningún caso puede ser alterada su esencia que es la unión entre varón y mujer de la cual deriva la nueva vida humana”. Además se hace reserva expresa de los términos “pareja” o “uniones” cuando se refieran a personas del mismo sexo¹²²⁴.

¹²²⁰ Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, I. Resoluciones Aprobadas por la Conferencia. Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. Doc. NU A/CONF.171/13, p.23.

¹²²¹ Doc. NU A/CONF.171/13, p.23.

¹²²² Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 9.

¹²²³ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 10.

¹²²⁴ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 14.

Paraguay por su lado considera en su reserva a la familia como la unidad básica de la sociedad, fundada en la unión de la pareja formada por el hombre y la mujer, reconociendo también a las familias monoparentales, añadiendo que solamente desde esta perspectiva puede aceptar la inclusión del termino "diversas formas de familia", respetando lo que establecen las diversas culturas, tradiciones y religiones¹²²⁵.

República Dominicana en tanto hizo reserva expresa “*cuando el término "pareja" pueda hacer referencia a personas del mismo sexo o cuando se mencione derechos reproductivos individuales fuera del contexto del matrimonio y la familia*”¹²²⁶.

Los guatemaltecos hicieron reserva en sentido similar a Nicaragua en orden a que si bien la familia puede tener distintas formas, en ningún caso puede ser alterada su esencia, que es la unión entre varón y mujer, “*de la cual deriva el amor y la vida*”¹²²⁷. Como si el amor no pudiera anidarse en otro tipo de uniones.

Jordania, además de su reserva sobre la ley islámica, buscó dejar claro que “*individuos*” es pareja y aún más, sólo pareja casada, es decir, se restringe el derecho a quienes no quieren o no pueden acceder al matrimonio¹²²⁸, lo que en muchos países afecta de plano a homosexuales pero aún más a otros grupos que, siendo heterosexuales, por razones de diverso orden que no es difícil imaginar, pueden verse impedidos de acceder al matrimonio o, simple y sencillamente, no tienen el deseo de contraer ese vínculo para enmarcar su relación.

Irán por su lado calificó de inaceptable las relaciones sexuales fuera del matrimonio, en clara alusión al uso de las expresiones “*individuos*” y “*parejas*”¹²²⁹.

El caso de Argentina es digno de ser destacado pues muestra la evolución que esa sociedad ha tenido y cómo sus actuales autoridades han ido tomando verdadera nota de ello. Como bien se sabe, desde el año 2010 este país entró al grupo de aquellos estados que aceptan el matrimonio entre personas del mismo sexo no estando por cierto exento de polémicas y de intensos debates al interior de esta nación. Sin embargo, 15 años atrás y en el marco de la *Conferencia de El Cairo* a que me refiero ahora, el país mostraba una cara mucho más conservadora al señalar que si bien la familia puede tener distintas formas, “*en ningún caso puede alterar su origen y fundamento, que es la unión entre varón y mujer, de la cual se derivan los hijos*”¹²³⁰.

Por su lado, la Santa Sede pone énfasis en toda su manifestación en la heterosexualidad y el matrimonio como requisitos básicos e indispensables de toda familia y de toda forma de acceso a la paternidad o maternidad. “*4. Respecto de la expresión "parejas e individuos", la Santa Sede se reserva su posición entendiendo que la expresión hace referencia a las parejas y a cada uno de los hombres y mujeres que constituyen esas parejas. En el documento, especialmente en su utilización*

¹²²⁵ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 15.

¹²²⁶ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 23.

¹²²⁷ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 26.

¹²²⁸ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 11.

¹²²⁹ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 28.

¹²³⁰ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 21.

de la expresión, se percibe una idea individualista de la sexualidad que no presta la atención debida al amor recíproco y a la adopción de decisiones que caracterizan la relación conyugal. 5. La Santa Sede interpreta el capítulo V a la luz del principio 9, en relación con el deber de fortalecer la familia, unidad básica de la sociedad, y en relación con el matrimonio como sociedad equitativa entre marido y mujer”¹²³¹.

No huelga decir que un año antes, en Viena 1993, tampoco hubo espacio para trabajar sobre una mención de los derechos de muchos y muchas a no ser discriminados por *identidad de género* u *orientación sexual* sino que debe entenderse que la prohibición de esta clase de discriminación se acoge a la condena general a éstas y al respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción alguna, la que es una regla fundamental de las normas internacionales de derechos humanos y en tal carácter se recuerda permanentemente en el contexto de Viena 1993.

Nada contiene el texto resultado de esa importante conferencia y nada tampoco surge de los discursos que varios estados presentaron al adoptarse el texto, ocasión en que si bien hubo “reservas” o “declaraciones” sobre temas particularmente importantes y controversiales, como por ejemplo las efectuadas por Israel¹²³² o Palestina¹²³³ en el marco de sus históricas luchas reivindicativas, nada se dijo sobre las sexualidades diversas y sus derechos humanos. Tal vez la

¹²³¹ Doc. NU A/CONF.171/13, Capítulo V, párrafo 27.

¹²³² Statement by the delegation of Israel. “Mr. President, without wishing to detect from our recognition and appreciation of the intensive efforts which went into the preparation of the final declaration, my delegation must register its strong reservations regarding the way in which paragraph 1(ter) was prepared and introduced into the document. This paragraph was presented to the drafting committee in the early hours of this morning and described as a consensus proposal. My delegation however was not notified of any consultations on the paragraph, despite our serious reservations concerning the text, no discussion, emendation or time for consultation was permitted. My delegation is therefore not a party to any consensus on this paragraph. Mr. President, my delegation would also like to express its profound disappointment that the final document, while condemning a wide range of human rights violations, does not make any mention of the form of discrimination and hatred that have led to the most unspeakable atrocities of all times - anti-Semitism. In our century anti-Semitism has resulted in the murder of one-third of the Jewish people. It is a unique form of hatred directed at those of particular birth irrespective of their faith and those of particular faith irrespective of their birth. Anti-Semitism goes far beyond hatred of Jews. It has arisen where Jews have never lived and survived where only Jewish cemeteries remain, and while Jews may be the first to suffer from its influence, they have rarely been the last. The conference is taking place in the heart of Europe, a continent which was witnessed the unspeakable horrors to which anti-Semitism has led and the persistence with which it resurfaces even over the ashes of its victims. A significant number of delegation leaders forcefully condemned anti-Semitism in their speeches to the plenary, so did the NGO forum in its final report. One might have hoped that this conference itself would have found the courage to do the same. Thank you very much, Mr. President”.

¹²³³ Statement by the delegation of Palestine. “Thank you, Mr. President. Mr. President, the mere fact that the World Conference was convened in this beautiful city under your auspices, Sir, was a great achievement in itself. But the achievement becomes even greater when this evening we have adopted by acclamation the final document. I would express our appreciation and thanks for the perseverance, the prudence and the stewardship of Mr. Saboia, the Chairman of the Drafting Committee, and to all the members of the secretariat. Naturally, Sir, the preparatory work over many months, under the stewardship of Mrs. Warzazi, contributed greatly to this success. Mr. President, President Arafat, from this rostrum, brought a message from our Palestinian people conveying their hopes and aspirations for a better tomorrow through the recognition and respect of our human rights - our right to live free, our right to development in our democratic independent State, where human rights and fundamental freedoms are respected. The document, Sir, gives us hope for a new world order based on the recognition and respect of all human rights of all peoples, without selectivity or discrimination. Naturally, Sir, we do sense and we do know that the document did carry reference to Palestine. It is mentioned in paragraph 1(ter) where people under foreign occupation are mentioned. We had hoped that this paragraph would refer to a general situation, but then the distinguished representative of Israel immediately felt, with his guilty conscience, that he admitted the Palestinian people were a people under foreign occupation, and that his Government is violating our rights and that the international community is called upon to take effective legal protection against this violation. This is why, Sir, he had protested, because he admitted, through a guilty conscience, knowing the crimes that his Government is committing against my people in occupied Palestine. I would like to make a short reference to what His Excellency, the distinguished representative of the United States, had said. He had opposed the reference to foreign occupation in some paragraphs, and he said he did not believe that foreign occupation in some paragraphs, and he said he did not believe that foreign occupation per se has an obstacle. But then, if we read paragraph 5, it says that democracy, development and respect for human rights are interdependent and mutually reinforcing, and then in paragraph 19(a) it is clearly stated that systematic violations constitute serious obstacles to the full enjoyment of all human rights and that these continue to occur in different parts of the world. There is no better example, Sir, than what foreign occupation is doing to our people. Sealing off all the occupied territory, in itself, is an obstacle to our development. So I wish the distinguished representative of the United States would realize that foreign occupation is not just an expression; it is a fact that should be condemned. Thank you very much”.

única referencia, aunque indirecta y en sentido contrario a algunas de las reivindicaciones por la apertura y el respeto a sexualidades diversas y nuevas formas de relacionarse entre las personas en este ámbito, se puede obtener de la declaración de la Santa Sede que señalando que adhiere al documento final, se encarga de enfatizar en todo caso que ello en caso alguno significa que pueda ser interpretado como un cambio en su conocida posición sobre los métodos de planificación familiar que la Iglesia Católica considera moralmente inaceptables o en los servicios de planificación familiar que no respeten la libertad de los cónyuges, la dignidad humana y los derechos humanos de los interesados¹²³⁴.

Por su parte, en el marco de lo que fueron las primeras tres conferencias mundiales sobre la mujer, tampoco aparecen guiños o señas hacia identidades que salgan de una mujer a la que parece que se mira como heterosexual siempre, aunque desde Nairobi se tienda a tener más en cuenta la verdadera diversidad que existe entre todas nosotras.

Así lo prueba el documento respectivo, las llamadas *Estrategias de Nairobi*, que en su Parte IV sobre *Áreas de especial preocupación* se ocupa de la mujer en las zonas afectadas por sequías¹²³⁵, la mujer urbana más pobre¹²³⁶, la mujer anciana¹²³⁷, la mujer joven¹²³⁸, la mujer abusada y maltratada¹²³⁹, la mujer indigente¹²⁴⁰, la mujer víctima de la trata de personas y de la prostitución involuntaria¹²⁴¹, la mujer privada de sus medios tradicionales de subsistencia¹²⁴², la mujer que es el único sostén de la familia¹²⁴³, la mujer con discapacidades físicas o mentales¹²⁴⁴, la mujer detenida¹²⁴⁵, la mujer y niños refugiados y desplazados¹²⁴⁶, la mujer migrante¹²⁴⁷, y la mujer perteneciente a una minoría e indígena¹²⁴⁸. Como se aprecia, nada se dice sobre *lesbianas* o aquellas que sufren *disforia de género* en cuanto mujeres que participan (o pueden participar) de una discriminación múltiple, al igual que las que pertenecen a las otras categorías vulnerables que se han mencionado. Esto en todo caso tiene lógica explicación en que estamos situados en 1985, una década antes que las ideas nuevas de El Cairo y Beijing irrumpieran en el ámbito de la sexualidad.

Lo anterior no significa que el tema de la *orientación sexual* y específicamente, la cuestión de la discriminación agravada de *mujeres lesbianas* quedara totalmente ausente de estas sendas conferencias y ello es otra prueba más de la importancia de la sociedad civil en estas luchas.

¹²³⁴ Statement by the delegation of the Holy See. "2. With reference to part III, section II, subsection C, paragraph 6, the Holy See's joining the consensus should in no way be interpreted as constituting a change in its well-known position concerning those family planning methods which the Catholic Church considers morally unacceptable or on family planning services which do not respect the liberty of the spouses, human dignity and the human rights of those concerned".

¹²³⁵ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 283.

¹²³⁶ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafos 284-285.

¹²³⁷ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 286.

¹²³⁸ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 287.

¹²³⁹ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 288.

¹²⁴⁰ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 289.

¹²⁴¹ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafos 290-291.

¹²⁴² Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 292-293.

¹²⁴³ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 294-295.

¹²⁴⁴ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 296.

¹²⁴⁵ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 297.

¹²⁴⁶ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafos 298-299.

¹²⁴⁷ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafos 300-301.

¹²⁴⁸ Doc. NU A/CONF.116/28/Rev. Párrafo 302, 303, 304.

En efecto, en el marco de lo que han sido los trabajos paralelos de grupos ONG's y de la sociedad civil, ya en México tiene lugar el primer "Taller sobre Lesbianismo" que se registró como la constatación de la ausencia de las lesbianas en la conferencia oficial. Luego, tanto en Copenhague como en Nairobi, esta sería la instancia que usarían varios grupos lésbicos de forma organizada para dar a conocer su voz. Sobre estas apariciones - que tienen poca o nula recepción en la literatura sobre derechos de las mujeres - se ha dicho por alguna activista que no lograron visibilidad porque el propio movimiento de mujeres las hizo desaparecer en el marco de las conferencias mundiales promovidas por Naciones Unidas, a objeto de lograr una agenda negociable de trabajo en la implementación de los acuerdos suscritos por los gobiernos¹²⁴⁹.

3.2.2. La identidad de género y la orientación sexual en Beijing y desarrollos posteriores.

Como antes se explicó, el proceso de Beijing que concluyó con la celebración en septiembre de 1995 de la *Cuarta Conferencia Internacional sobre la Mujer* ha marcado un hito en el estudio de la no discriminación hacia la mujer.

Ahora bien, pese a que se incorpora en la agenda institucional internacional el concepto de género y de la *transversalización del género* a partir de la *Plataforma de Beijing*, lo cierto es que queda meridianamente claro por un lado que la protección y la preocupación es por el *género femenino* y no por el *género* como construcción social aplicable a cualquier persona y, por otro lado, que no hubo cabida para manifestaciones derivadas de la *sexualidad* como la *orientación sexual*, ni aún la *lésbica*, lo cual condicionó claramente la eventual apertura hacia un discurso sobre los derechos sexuales y reproductivos en clave de una mayor amplitud en su significado, temas que para las *minorías sexuales* son parte de los que revisten mayor interés por su especificidad¹²⁵⁰.

Así, si bien en el Anexo I de la *Plataforma* toma nota de la diversidad de las mujeres, sus situaciones y circunstancias¹²⁵¹ al mencionar luego las múltiples barreras a que se enfrentan mujeres y niñas para lograr su potenciación, indica como factores a la raza, la edad, el idioma, el origen étnico, la cultura, la religión o la discapacidad o la pertenencia a una población indígena, silenciando toda referencia a la *orientación sexual* como uno de esos factores¹²⁵².

¹²⁴⁹ Hinojosa, C. "La apropiación de los derechos", 6 de junio de 2002, Letra S, México. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2002/06/06/ls-lesbianas.html> (último acceso: 2 de abril de 2010)

¹²⁵⁰ En cuanto a los textos oficiales de las Conferencias Preparatorias Regionales a Beijing, que se celebraron en Jakarta (Indonesia) para región de Asia Pacífico entre el 7 al 14 de junio de 1994, adoptándose la Declaración de Jakarta y el Plan de Acción para el Adelanto de la Mujer en Asia y el Pacífico (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.1); Mar del Plata (Argentina) para la región de América Latina y el Caribe entre el 20 al 24 de septiembre de 1994, aprobándose el Programa de Acción Regional para las Mujeres de América Latina y el Caribe 1995-2001 (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.3); en Dakar (Senegal) para la zona africana entre el 12 al 15 de noviembre de 1994, aprobando la Plataforma de Dakar (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.2); en Amman (Jordania) para la región de Asia occidental entre el 13 al 15 de octubre de 1994 adoptando el Plan de Acción Árabe para el Progreso de la Mujer (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.5); y en Viena (Austria) entre el 17 al 21 de octubre de 1994 para la zona europea, aprobándose la Plataforma de Acción Regional (Doc. UN E/CN.6/1995/5/Add.4), sólo el último hace mención a la *orientación sexual*., reconociendo ésta como una barrera adicional a la que las mujeres hacen frente cuando se trata de sus derechos (párrafo 2). En los demás, ninguna referencia se encuentra a la *orientación sexual* o a la *identidad de género* de las mujeres como un tema en forma directa y expresa ni tampoco de forma indirecta en aquellas referencias que se hacen a la situación de mayor vulnerabilidad de algunas mujeres respecto de otras.

¹²⁵¹ Doc. NU A/CONF.177/20, Capítulo I, Párrafo 4.

¹²⁵² Doc. NU A/CONF.177/20, Capítulo I, Párrafo 32.

También cualquier referencia a la *orientación sexual* quedó fuera de la propia *Plataforma de Acción* como lo prueba el párrafo 46 y el rechazo a la inclusión de este criterio sospechoso en el marco de las discriminaciones que afectan a las mujeres. El texto definitivo dice: “...*las mujeres hacen frente a barreras que dificultan su plena igualdad y su progreso por factores tales como su raza, edad, idioma, origen étnico, cultura, religión o discapacidad, por ser mujeres que pertenecen a poblaciones indígenas o por otros factores*”¹²⁵³, (el destacado es mío).

La misma ausencia se encuentra en otros apartados que se refieren a discriminación.

Así por ejemplo, en materia de educación y capacitación de la mujer y las medidas que hay que adoptar para evitar toda forma de discriminación, se usa la forma residual “*o cualquier otra forma de discriminación*”¹²⁵⁴ y lo mismo ocurre en el ámbito de la mujer y la economía, en que se considera necesario brindar ayuda a grupos especiales de mujeres, mencionando sólo a las mujeres jóvenes, discapacitadas, ancianas, y las pertenecientes a minorías raciales o étnicas¹²⁵⁵.

Esta última omisión podría ser más explicable por el ámbito en que se mueve; sin embargo, no me parece que resulte excusable que en la parte que toca a los derechos humanos de la mujer se pueda constatar la misma ausencia. En efecto, junto con el reconocimiento de que el *sexo* está entre los motivos por los cuales se prohíbe a los estados toda discriminación¹²⁵⁶, cuando en líneas siguientes desarrolla el determinante tema de la violencia contra las mujeres, menciona las diferentes causas por las que ésta se produce e indica que la violencia contra la mujer constituye una violación de sus derechos humanos y libertades fundamentales y un obstáculo o un impedimento para el disfrute de esos derechos, entendiendo que la violencia basada en el género, como los golpes y otras formas de violencia en el hogar, el maltrato sexual, la esclavitud y explotación sexuales, y la trata internacional de mujeres y niños, la prostitución impuesta y el hostigamiento sexual, “*así como la violencia contra la mujer derivada de los prejuicios culturales, el racismo y la discriminación racial, la xenofobia, la pornografía, la depuración étnica, el conflicto armado, la ocupación extranjera, el extremismo religioso y antirreligioso y el terrorismo, son incompatibles con la dignidad y el valor de la persona humana y deben eliminarse*”, omitiendo toda referencia a la violencia que sufren en múltiples ámbitos el mundo de las *mujeres lesbianas* o las *mujeres transgéneros*¹²⁵⁷.

En la misma óptica, se reconocen muchos factores por los cuales una mujer puede ser discriminada pero nada se dice sobre sexualidad. “*Muchas mujeres enfrentan otras barreras para el disfrute de sus derechos humanos debido a factores tales como su raza, idioma, origen étnico, cultura, religión, incapacidades o clase socioeconómica o debido a que son indígenas, migrantes, incluidas las trabajadoras migrantes, desplazadas o refugiadas. También pueden encontrarse en situación desventajosa y marginadas por falta de conocimientos generales y por el no*

¹²⁵³ Doc. NU A/CONF.177/20, Capítulo II, Párrafo 46.

¹²⁵⁴ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 80, letra a).

¹²⁵⁵ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 175, letra d).

¹²⁵⁶ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 214.

¹²⁵⁷ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 224.

reconocimiento de sus derechos humanos, así como por los obstáculos que encuentran para tener acceso a la información y a los mecanismos de recurso en caso de que se violen sus derechos”¹²⁵⁸.

Asimismo y como antes he dicho, en el texto final se usó la expresión “*derechos humanos de las mujeres*” y no “*derechos sexuales de las mujeres*” como querían buena parte de los grupos asistentes de corte feminista con lo que parece que otra vez se tiene a asociar sexualidad con reproducción. En efecto, el texto original del párrafo 96 establecía “***los derechos sexuales incluyen el derecho del individuo a controlar y decidir libremente sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, sin coerción, discriminación y violencia***”, mientras que el texto definitivo señala: “96. ***Los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de las relaciones sexuales y la reproducción, incluido el pleno respeto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual***”¹²⁵⁹ (los destacados son míos).

El cambio recién referido y las omisiones que he constatado antes se han explicado por la complejidad que encierra el tema de la *sexualidad* a la hora de buscar consensos y acuerdos entre los actores políticos, lo que se tradujo instrumentalmente en algunas “reservas” a la *Plataforma de Acción* formuladas por países que querían dejar claramente establecido que en “*derechos sexuales*” no se incluye nada que tenga que ver con la interrupción del embarazo ni menos con las vindicaciones que desde el mundo de los movimientos *lésbicos y homosexuales* en general se formularon en ese tiempo y, por otro lado, por países que instaban por una apertura en estas materias, especialmente en lo que toca a la inclusión expresa de la *orientación sexual* como un factor de discriminación que afecta a mujeres.

Consecuente con lo que busco mostrar en esta investigación, iré a las “reservas” formuladas en torno al tema de la inclusión de la *orientación sexual*.

Hay que partir por señalar que en el marco de las propuestas para lo que sería el documento final de Beijing, algunos estados instaron por la inclusión de la *orientación sexual* de forma expresa. Tal es el caso de Australia, Canadá, Dinamarca, Israel, Países Bajos, Noruega, Sudáfrica y Suecia que apoyaron el párrafo 48 del documento *Propuestas que habrán de examinarse durante la preparación de un proyecto de declaración. Proyecto de Plataforma de Acción. Nota del Secretario General*, de 24 de julio de 1995 que señalaba: “48. *[Las medidas tienen por objeto mejorar la condición y la situación de todas las mujeres y, por consiguiente, reconocen que muchas mujeres hacen frente a barreras especiales a consecuencia de diversos factores como su raza, edad, idioma, origen étnico, cultura, religión [orientación sexual,] o discapacidad, o porque pertenecen a*

¹²⁵⁸ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 225.

¹²⁵⁹ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Párrafo 96.

poblaciones indígenas. Muchas mujeres hacen frente a barreras relacionadas con su situación familiar, en particular en familias monoparentales, a su situación socioeconómica, incluidas las condiciones de vida en regiones rurales o aisladas y en regiones empobrecidas, rurales y urbanas, o a su condición de inmigrantes. También existen barreras especiales para las mujeres refugiadas, migrantes o desplazadas así como para las afectadas por desastres ambientales, enfermedades graves e infecciosas, la adicción y diversos tipos de violencia contra la mujer.¹²⁶⁰” (el destacado es mío y los corchetes originales, siendo indicativos éstos de las expresiones en que no había acuerdo).

Al no lograrse al final ninguna referencia a la *orientación sexual* en el texto aprobado, Israel, Sudáfrica y Estados Unidos presentaron “reservas” en un sentido crítico a esta omisión en los distintos apartados en que se estimaba debía ser incluida.

Así, sobre la interpretación del párrafo 46 de la Plataforma de Acción, Israel señaló que “*hubiera preferido que se hiciera referencia explícita a los obstáculos especiales a los que ha de hacer frente la mujer a causa de su orientación sexual. No obstante, habida cuenta de la interpretación dada a las palabras "otra condición" por, entre otros, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, entendemos las palabras "otra condición" en el sentido de que incluye la orientación sexual*”¹²⁶¹.

Sudáfrica por su lado interpretó que el párrafo 96, en el que se establece que los derechos humanos de la mujer incluyen el derecho de ejercer control y decidir libre y responsablemente las cuestiones que se refieren a su sexualidad, inclusive la salud sexual y reproductiva, libre de coerción, discriminación y violencia, “*incluye el derecho de estar libre de coerción, discriminación y violencia por motivo de la orientación sexual*”, dejando expresamente señalado su deseo claro que no quiere estar asociada con ninguna forma de discriminación¹²⁶².

La reserva de los Estados Unidos en tanto, mucho más amplia y crítica también hacia otros aspectos de la *Plataforma*, señala en esta parte que “*El Gobierno de los Estados Unidos mantiene una firme política de no discriminación por motivo de la orientación sexual y considera que la omisión de esa referencia en el párrafo 46 y en otros lugares de la Plataforma de Acción no justifica en modo alguno este tipo de discriminación en ningún país*”¹²⁶³. De la reserva de este país hay que destacar algo que no se observa en las otras y es lo referido al valor jurídico de la propia *Plataforma*, lo que liga directamente con esta condición de *soft law* que le vengo atribuyendo y su real importancia en el camino de la codificación y desarrollo progresivo. En concreto, ha señalado que entienden que la frase “por la presente adoptamos y nos comprometemos a aplicar la siguiente Plataforma de Acción”, que figura en la Declaración, y otras referencias semejantes que aparecen en todo el texto, son compatibles con el hecho de que la *Plataforma*, la *Declaración* y los compromisos contraídos por los Estados (a menos que tales Estados indiquen lo contrario) no son

¹²⁶⁰ Doc. NU A/CONF.177/L.1, Párrafo 48.

¹²⁶¹ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 16.

¹²⁶² Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 28.

¹²⁶³ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 30.

jurídicamente vinculantes y que consisten en recomendaciones sobre la manera en que los Estados pueden y deben promover los objetivos de la Conferencia. El compromiso a que se alude en la *Declaración*, en consecuencia, más que un compromiso específico de aplicar cada elemento de la *Plataforma*, constituye “un compromiso general de procurar la aplicación auténtica de las recomendaciones de la *Plataforma* en general. En consecuencia, los Estados Unidos aceptan esta frase con arreglo a este criterio, en el entendimiento de que no modifica el estatuto de los documentos o las recomendaciones que figuran en ellos”¹²⁶⁴. Pese al expreso deseo del país del norte de restar valor a los compromisos que asume, hay en la forma de redactar este deseo un germen al menos para pedir consecuencia en el actuar, tema nada menor cuando se evidencian aún en ese país episodios de discriminación por *orientación sexual* u otros aspectos motivados por sexualidad. Basta mencionar como ejemplo la circunstancia de que en un primer momento el país del norte se negó a firmar la *Declaración de las Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género*, de 18 de diciembre de 2008, a la que me referiré un poco más adelante en este capítulo.

Ahora bien, así como se vio esta consideración de la *orientación sexual* en un sentido positivo en orden a su recepción como criterio de discriminación no puede omitirse acá la crítica que por la misma vía formularon otros estados y la Santa Sede, tratando de dejar claramente establecida su oposición a cualquier tipo de manifestación de *sexualidad* que salga de los binomios tantas veces referidos entre *hombre/mujer - masculino/femenino*.

Desde luego hay que decir que en este grupo de países la religión toma fuerte presencia. Sea la católica reflejada en las duras “reservas” de la Santa Sede, o sea la islámica, a partir del planteamiento reservista de Irán, Irak, Malasia, la Jamahiriya Arabe Libia, Mauritania, Marruecos y Túnez.

En otros casos, como el de Perú, la cuestión tiene que ser vista a la luz de las tradiciones socio culturales del país que de alguna manera se mantienen hasta hoy siendo uno de los países de esta parte del planeta en que la discusión sobre la igualdad para *homosexuales* - con el ejemplo emblemático del reclamando derecho al matrimonio entre personas del mismo *sexo* - no es tema de la agenda más o menos regular como sí lo ha sido el último tiempo en Uruguay, Argentina, México, Colombia y Brasil.

Muestro acá los principales razonamientos de estas posiciones reservistas.

En el caso de la Santa Sede ésta fue crítica de buena parte de los resultados de Beijing con un cuestionamiento central sobre una pretendida dedicación excesiva a la salud sexual y reproductiva.

En lo que toca a la propia expresión *género*, formula una declaración en su “reserva” que da cuenta de que se restringe cualquier consideración a quien no sea de uno de los dos únicos *géneros* que acepta. Dice esta declaración que al aceptar que la palabra “*género*” en el documento debe

¹²⁶⁴ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 30.

entenderse conforme al uso ordinario en el contexto de las Naciones Unidas, la Santa Sede hace suyo el uso ordinario de dicha palabra en las lenguas en las que existe. En consecuencia, la Santa Sede entiende la palabra "género" *“sobre la base de la identidad sexual biológica, masculina o femenina. Además, en la Plataforma de Acción misma se utiliza claramente la expresión "ambos géneros". La Santa Sede excluye así las interpretaciones dudosas basadas en puntos de vista dudosos por los que se afirma que la identidad sexual puede adaptarse indefinidamente con fines nuevos y diferentes. También se disocia de la noción biológica determinista de que las funciones y las relaciones de ambos sexos están determinadas de manera única y estática”*. Agrega que el Papa Juan Pablo insiste en el carácter distintivo y complementario del hombre y la mujer. Al mismo tiempo, ha aplaudido la asunción de nuevas funciones por la mujer, ha subrayado el grado en que el condicionamiento cultural ha sido un obstáculo para su progreso y ha exhortado a los hombres a contribuir al "gran proceso de deliberación de la mujer" en su reciente "Carta a la Mujer" en que ha explicado el punto de vista matizado de la Iglesia de la siguiente forma: *"es posible acoger también sin desventajas para la mujer una cierta diversidad de papeles, en la medida en que tal diversidad no es fruto de imposición arbitraria, sino que emana del carácter particular del ser masculino y femenino"*¹²⁶⁵. Así expresado, hay una clara negativa de la Santa Sede a dar un espacio, aún en grado de controversia, a quienes sienten *disforia de género*.

En cuanto a la *orientación sexual*, la reserva vaticana es también tajante en un sentido negativo, encontrando numerosos apartados de ella en que se deja ver que la sexualidad se concibe vinculada a la reproducción, dentro del matrimonio y sólo entre hombre y mujer. La Santa Sede *“...subraya que la familia es el elemento fundamental de la sociedad y está basada en el matrimonio y en la asociación igualitaria entre el marido y la mujer, al que está encomendada la transmisión de la vida”*, agregando además que sólo puede interpretar expresiones tales como el "derecho de la mujer a controlar su propia sexualidad", el "derecho de la mujer a controlar su propia fecundidad" o "las parejas y los individuos", *“como referentes al ejercicio responsable de la sexualidad dentro del matrimonio”*. La condena expresa viene luego indicando que la Santa Sede no puede aceptar la terminología ambigua en relación con el control irrestricto sobre la sexualidad y la fecundidad, *“especialmente porque podría interpretarse como un respaldo social del aborto o de la homosexualidad”* (el destacado es mío). Nada de esto en todo caso debe extrañar pues responde al postulado que casi invariablemente ha sostenido la Iglesia Católica desde el inicio de los tiempos, apoyándose en la Biblia y luego en aquellos documentos a través de los cuales el Papado va dando a conocer a los fieles lo que se supone es la correcta interpretación de ciertos temas y la forma en que deben asumidos por esa comunidad de creyentes que ha logrado insertarse en el medio político internacional a través de la personalidad jurídica internacional con que cuenta El Vaticano¹²⁶⁶.

¹²⁶⁵ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 11.

¹²⁶⁶ Véase en el Capítulo 1º el tema: "Sexualidad Humana en las Civilizaciones Occidentales".

Desde el mundo del Islam en tanto se encuentran las reservas de Irán, Irak y Malasia como las que de forma más clara condenan la *homosexualidad*, exaltando también una *sexualidad* que debe producirse entre hombre y mujer y sólo dentro del matrimonio.

Por su claridad y la fuerza en expresar una posición, vale la pena reproducir parte de la declaración malaya: *“En primer lugar, la interpretación de las expresiones "familia", y de la expresión "individuos y parejas" a lo largo del documento se refieren a la familia tradicional formada a partir de un matrimonio o de una unión registrada entre un hombre y una mujer, que comprende los hijos y los miembros de la familia extensa. En segundo lugar, tenemos la convicción de que los derechos reproductivos sólo deben ser aplicables a las parejas casadas formadas de la unión entre un hombre y una mujer. En tercer lugar, deseamos hacer constar que la aprobación del párrafo 96 no significa que el Gobierno de Malasia apoye la promiscuidad sexual, ninguna forma de perversión sexual o la conducta sexual basado en la homosexualidad o el lesbianismo”*¹²⁶⁷.

Sin duda, esta declaración así como la iraní, irakí y otras que provienen de países de la misma religión y que apuntan a otros temas de la *Plataforma* o en todo caso a dejar claro que ninguna disposición puede intentar aplicarse si contrapone la ley islámica - como la de Egipto, la Jamahiraya Árabe Libia, Mauritania, Marruecos y Túnez - reflejan también una visión que se agudiza según la interpretación más o menos fundamentalista que se haga del Corán en cada uno de esos países¹²⁶⁸.

Por último en esta parte, una mención ameritan tres pronunciamientos reservistas motivados por venir de sociedades muy conservadoras del mundo latinoamericano. Me refiero a Paraguay, Perú y a Guatemala.

El Paraguay respecto al término *género* utilizado en los documentos adoptados en el seno de esta Conferencia, interpretó que dicho concepto *“se refiere a ambos sexos: el hombre y la mujer, y con dicho alcance ha sido incorporado en sus documentos nacionales”*¹²⁶⁹. Junto con contener una confusión ya clásica en el ámbito internacional entre *sexo* y *género*, cierra toda mirada a la *disforia de género*.

La representante del Perú en tanto insta por la protección de la familia heterosexual formada entre un hombre y una mujer llegando a lo que estimo la expresión más dura en contra de las reivindicaciones del mundo LGTB: *“Se entiende que los derechos sexuales están referidos solamente a la relación heterosexual”*¹²⁷⁰.

Guatemala finalmente, nación reconocidamente multicultural, apela a esa diversidad valórica, religiosa, ética y cultural para formular su reserva y en apego a esos mismos criterios éticos, morales, legales, culturales y naturales de la población guatemalteca *“interpreta el concepto género únicamente como género femenino y género masculino para referirse a mujeres y hombres y*

¹²⁶⁷ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 20.

¹²⁶⁸ Véase en el Capítulo 1° el tema: “Sexualidad Humana en la Civilización Musulmana o Islámica”.

¹²⁶⁹ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 25.

¹²⁷⁰ Doc. NU A/CONF.177/20, Anexo II, Capítulo V, Párrafo 26.

se reserva la interpretación de la expresión "estilo de vida", por no estar claro su significado en estos documentos". Hay entonces acá una mirada fija sólo en la dicotomía tantas veces explicada y que nuevamente confunde los conceptos que trabajo en esta investigación.

Ahora bien, en los procesos revisores que han seguido a Beijing para evaluar sus resultados, tampoco se ha dado espacio para incorporar la perspectiva de nuevas identidades y en todo documento que se ha desarrollado desde las distintas institucionalidades que se han encargado de seguir trabajando la estrategia de la *transversalidad de género*.

En el caso de lo que fue Beijing + 5 se palpa esta ausencia cuando en uno de los documentos trabajados desde ONU para su análisis en 2000, específicamente el Informe *Nuevas cuestiones, incluido material adicional sobre otras medidas e iniciativas para la preparación de las perspectivas más allá*, del año 2000¹²⁷¹, se marca por la ausencia a cualquier referencia expresa a la condición de *lesbiana* como una nueva cuestión en el orden de las trabas a la igualdad entre los sexos, en el marco que la liga a desarrollo y paz. Sí se observa una crítica a las masculinidades y la necesidad de que estas cambien para lograr la igualdad de la mujer, lo que lleva a pensar en que se sigue haciendo girar la situación de la mujer desde el hombre y su posición o en este caso, su identidad, sin reconocer también que para muchas es la propia identidad sexual la que conspira para la igualdad¹²⁷². En esa misma línea argumental y en relación a la igualdad se reconoce asimismo la atención ahora prestada a las cuestiones sobre masculinidad y "*las identidades del hombre y la mujer, las ideas estereotipadas tradicionales y las actitudes discriminatorias contra la mujer*" como obstáculos a la igualdad entre los sexos¹²⁷³. Si hago una lectura entre líneas y "pro-diversidad" podría entenderse que hay unas referencias tácitas a nuevas identidades o hasta *orientaciones sexuales* en la parte que indica que los gobiernos no han dedicado esfuerzo suficiente a crear condiciones propicias para que los hombres y las mujeres ejerzan sus derechos reproductivos y de salud sexual, y tomen decisiones libres y responsables sobre su sexualidad, particularmente sin prestar suficiente atención a la relación entre las prácticas sexuales y reproductivas de los hombres y de las mujeres¹²⁷⁴ y en la parte que estima la lucha contra los estereotipos de género como una barrera no jurídica a la igualdad¹²⁷⁵.

Otro ejemplo es en el Documento de trabajo *La incorporación de la perspectiva de género. Una visión general*, elaborado en 2002 por la Oficina de la Asesora Especial en Cuestiones de Género y Adelanto de la Mujer, en que se señala como una cuestión o tendencia general en el marco de esta estrategia ciertos elementos que sirven para comprender porqué las diferencias por *género* son útiles en cada contexto, y se indica que no hay que dar por sentado que todas las mujeres o todos los hombres comparten las mismas necesidades y perspectivas. Al desarrollar la idea el documento señala que "*entre las mujeres y entre los hombres hay diferencias que guardan relación*

¹²⁷¹ Doc. NU E/CN.6/2000/PC/4

¹²⁷² Doc. NU E/CN.6/2000/PC/4, Párrafo 8.

¹²⁷³ Doc. NU E/CN.6/2000/PC/4, Párrafo 23.

¹²⁷⁴ Doc. UN E/CN.6/2000/PC/4, Párrafo 28.

¹²⁷⁵ Doc. UN E/CN.6/2000/PC/4, Párrafo 39.

con la clase, la religión, la edad, el origen étnico y **otros factores**. Las mujeres y los hombres no son grupos homogéneos. Es importante no generalizar a través de poblaciones diversas, sino tener en cuenta que las necesidades y perspectivas de las personas sufren la influencia de diversos factores, incluido el género” (el énfasis es mío), es decir, se silencia como siempre toda referencia a la *orientación sexual* o aún a *identidades de género* diversas de la dicotomía que se hace sinónima entre *sexo* y *género*.

Ahora bien, luego de Beijing bien se puede decir que la *Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia, y las Formas conexas de intolerancia* celebrada en Durban, Sudáfrica, entre el 31 de agosto y el 7 de septiembre de 2001, ha sido el encuentro de nivel internacional más relacionado a los fines de esta investigación aunque tampoco ofrezca desarrollos o resultados destacados.

Por supuesto que como ha sido tónica desde las conferencias de la mujer, su situación ha sido importante también en los debates de esta conferencia aunque, como he dicho en la parte relativa a las conferencias y la discriminación de la mujer, en la *Declaración de Durbán* se aprecia que se han hecho sinónimos *mujer* y *género*.

Fuera de esta crítica, hay que ser justos en los logros que significó Durbán a inicios de la década del 2000 aún cuando pese a la incorporación de otras “*formas conexas de intolerancia*”, en que bien entran aquellos problemas de discriminación que viven grupos LGTB, no se generó en ese tiempo un espacio para su incorporación en los documentos oficiales, centrando en gran medida todo el enfoque en la discriminación racial y étnica, como no podía ser de otro modo en todo caso. Prueba de ello es, por ejemplo, un informe de 2007 desarrollado por un grupo de estudios nombrado por el Consejo de Derechos Humanos sobre el contenido y el alcance de las lagunas sustantivas de los instrumentos internacionales en vigor para combatir el racismo, la discriminación racial y la xenofobia y las formas conexas de intolerancia, cuyo contenido gira sobre la situación respecto de ciertos grupos que estarían sub protegidos: grupos religiosos, refugiados, solicitantes de asilo, apátridas, trabajadores migrantes, desplazados, comunidades basadas en la ascendencia, pueblos indígenas, minorías y personas sometidas a ocupación extranjera, sin dedicar expresamente una preocupación por las minorías sexuales¹²⁷⁶.

Esta ausencia se hizo sentir entre minorías sexuales discriminadas y es así como puede decirse que la realización de la Conferencia de Revisión de Durban en Ginebra, entre el 20 y el 24 de abril del 2009, es un logro fruto en gran medida de la presión y de los esfuerzos de la sociedad civil durante los ocho años que transcurrieron entre una y otra.

El primer párrafo del *Documento de Revisión* de esta Conferencia¹²⁷⁷, el cual reafirma integralmente la *Declaración y Plan de Acción de Durban*, es particularmente importante, ya que

¹²⁷⁶ Doc. A/HRC/4/WG.3/6.

¹²⁷⁷ Documento Final de la Conferencia de Examen de Durbán, 20 al 24 de abril de 2009, Ginebra. Disponible en: http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/durbanreview2009/pdf/Durban_Review_outcome_document_Sp.pdf (último acceso: 4 de abril de 2010)

reconoce su vigencia en un contexto global crecientemente tenso, en el que coexisten viejas y nuevas formas de racismo, discriminación racial, xenofobia y estas formas conexas de intolerancia que importan a nuestros efectos.

El proceso de Revisión de Durban se caracterizó por una trayectoria difícil, con boicot constante de algunos Estados, problemas de financiamiento y casi nula posibilidad de participación de la sociedad civil. Solamente dos Conferencias regionales preparatorias lograron realizarse, una en África y la otra en América Latina y el Caribe. Esta última, que debería ser una Conferencia de las Américas, no lo fue por el boicot de los Estados Unidos y de Canadá. También lo hubo de parte de los 10 Estados Miembros a la Conferencia de Revisión de Durban - Alemania, Australia, Canadá, Checoslovaquia, Estados Unidos, Holanda, Israel, Italia, Nueva Zelandia y Polonia - mostrando su falta de compromiso y voluntad política para con los principios de superación del racismo así como una negación al dialogo y al debate multilateral que impulsan las Naciones Unidas.

En lo que interesa a esta parte, hay que decir que el proceso de Revisión de Durban no garantizó espacios adecuados para la intervención calificada y efectiva de la sociedad civil, sea en los debates antes y durante la Conferencia, sea en la definición de su documento final.

En la Conferencia de Revisión, las organizaciones de la sociedad civil pudieron participar o en eventos paralelos o haciendo pronunciamientos individuales de tres minutos cada una en el Plenario, pero no en momentos estratégicos de debate multilateral y plural. Como registra la *Declaración de Representantes la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe* en la Conferencia de evaluación de Durbán, este achicamiento de espacio de participación de la sociedad civil, “*constituye un precedente peligroso en cuanto a los mecanismos de participación democrática en los procesos de la ONU, sobre todo en no hacer la gestión para promover las voces activas de aquellos que sufren diariamente de discriminación y odio*”.

El documento que se aprobó es débil al haber dejado fuera o mencionar muy poco en torno a cuestiones clave sobre el racismo y la discriminación. Tal como señala la ya referida *Declaración de la Sociedad Civil*, que suscriben entre otros grupos vulnerables “...*lesbianas, gays, travestis, transexuales, bisexuales, transgéneros...*” entre estas cuestiones claves que han quedado fuera están: la violencia estructural hacia la juventud negra y indígena, la intolerancia religiosa hacia las religiones de matriz africana, las reparaciones como mecanismo primordial para la promoción de la igualdad racial y democracias participativas, la creación de mecanismos que aseguren el reconocimiento del Estado a las tierras ancestrales, tanto indígenas como de afrodescendientes, el acceso desigual al derecho a la educación y por supuesto, la discriminación en base a la *orientación sexual e identidad de género*. La Declaración agrega, en un importante recordatorio para el mundo lésbico y sus demandas en medio de los movimientos de mujeres, que el documento no enfatiza de manera adecuada “*el hecho de que las mujeres siguen enfrentando formas agravadas de racismo, discriminación y xenofobia por su condición de género, raza y etnia, su **orientación sexual***,”

*religión, edad, discapacidad, que se manifiestan en abuso y explotación sexual, exclusión, trata, tráfico y diversas formas de violencias basadas en género, tales como la violencia doméstica e institucional” y demanda que “9. Se le otorgue un lugar más fundamental a medidas contra la homofobia y de respeto al derecho a la orientación sexual y la identidad de género en la agenda de Durban. 10. Que dentro del proceso de Durban se fortalezcan y elaboren los principios y medidas, y se implementen acciones concretas para combatir las múltiples formas de discriminación contra las mujeres”*¹²⁷⁸ (el destacado es mío).

No obstante entonces las escasas referencias, es importante que se haya hecho mención y se considere la verdadera importancia que tiene el fenómeno de la discriminación múltiple que sin duda es una forma al menos tácita de reconocer alguna protección para quienes padecen discriminación por estos motivos¹²⁷⁹.

Por último en esta parte y en el marco en tanto de lo que ha sido el seguimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, hay que consignar que el documento preparatorio para la conferencia de septiembre de 2010 nada dijo sobre la circunstancia real de que tanto la *orientación sexual* como la *identidad de género* pueden ser factores que dificulten alcanzar, por ejemplo, la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer.

Del mismo modo, cuando se entra al análisis concreto de la aceleración para el progreso en el logro de estos objetivos con miras al 2015, al referir al tercero de ellos, la igualdad entre los géneros, sólo hace referencia a la necesaria eliminación de una serie de barreras que afectan a las *mujeres*, por oposición a los *hombres*, sin entrar siquiera a mencionar la condición de las *lesbianas* y usando un lenguaje que no permite más que concluir que, terminada la primera década del siglo XXI, aún está presente el reduccionismo y se sigue mayoritariamente inmerso en el juego de entender que *sexo* es sinónimo de *género* y a su vez de *mujer*¹²⁸⁰.

3.3. Los principales desarrollos instrumentales de *soft law*.

3.3.1. El *soft law* de actores no estatales.

En este apartado como el nombre ya lo manifiesta voy a mostrar instrumentos de *soft law* que han emanado de actores que no corresponden a entidades estatales.

¹²⁷⁸Declaración de Representantes de la Sociedad Civil de América Latina y el Caribe en la Conferencia de Evaluación de Durban en Ginebra, Abril de 2009. Disponible en: <http://www.choike.org/nuevo/informes/7205.html> (último acceso: 4 de abril de 2010)

¹²⁷⁹ En efecto, el párrafo 85 de esta Declaración señala: “*Denota con preocupación las instancias crecientes de las múltiples y agravadas formas de discriminación y reitera que dicha discriminación, tal como lo expone la Declaración de Durban y el Programa de Acción, afecta el goce de los derechos humanos y puede conllevar a discriminación focalizada o a vulnerabilidad incrementada, y por ello, llama con urgencia a los gobiernos a que adopten o fortalezcan los programas o medidas destinados a erradicar la discriminación múltiple o agravada, en particular, adoptando o mejorando la legislación penal o civil para contrarrestar estos fenómenos*” Documento Final de la Conferencia de Examen de Durban, 20 al 24 de abril de 2009, Ginebra. Disponible en:

http://www.un.org/es/comun/docs/?path=/spanish/durbanreview2009/pdf/Durban_Review_outcome_document_Sp.pdf (último acceso: 4 de abril de 2010)

¹²⁸⁰ Doc. NU A/64/665, párrafo 72.

Específicamente he tomado dos instancias surgidas desde el mundo civil que han tenido eco en diferentes modos en la institucionalidad internacional y que aparecen citados de manera más o menos recurrentes en la literatura sociológica y aún jurídica del tema de la *sexualidad*.

Me refiero a los que han sido los trabajos de la Asociación Mundial de Sexología y al relevante trabajo multidisciplinar que terminó dando como resultado los llamados *Principios de Yogyakarta*.

3.3.1.1. La Declaración de los Derechos Sexuales de la Asociación Mundial de Sexología.

La Asociación Mundial de Sexología (WAS, por su sigla en inglés *World Association for Sexual Health* antes llamada *World Association for Sexology*) fue fundada en 1978 como una organización no gubernamental de carácter multidisciplinar, con el objeto de promover la salud sexual y los derechos sexuales a través del mundo. Durante sus años de vida ha trabajado para cumplir su objetivo a través de la educación sexual, la promoción de la salud, el desarrollo científico y la sexología clínica, tratando en los últimos años de llegar a influir en las políticas sociales en atención a la relación entre justicia social, salud sexual y derechos.

Sus temas de trabajo muestran la concepción amplia de la sexualidad humana que está detrás de la WAS: reconocer, promover y asegurar los derechos sexuales; avanzar hacia la equidad de género y la igualdad; condenar, combatir y reducir la violencia sexual; proveer acceso universal a información y educación sexual; asegurar que la salud reproductiva sea parte central de la salud sexual; trabajar para terminar con el VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual; identificar y trabajar en los problemas y disfunciones sexuales; y lograr que el placer sexual sea considerado parte del bienestar de las personas¹²⁸¹.

Entre las actividades que ha llevado adelante se pueden mencionar destacadamente sus alianzas con organizaciones de tipo regional que buscan los mismos fines en general, como es el caso de la *Federación Latinoamericana de Sociedades de Sexología y Educación Sexual* (FLASSES) y la *Federación Europea de Sexología* (EFS, por su sigla en inglés, *European Federation of Sexology*)¹²⁸² y, por supuesto, los llamados *Congresos Mundiales de Sexología*, de los cuales los más relevantes por el impacto que han tenido los documentos que de ellos han surgido son el celebrado en Valencia, España, en 1997; y en Hong Kong, China, en 1999.

El primero de los mencionados, celebrado el 29 de Junio de 1997 ya en su título daba cuenta del fin que se perseguía “XIII Congreso Mundial de Sexología, Sexualidad y Derechos Humanos”. Bajo esa premisa que liga *sexualidad* y *derechos humanos*, se adoptó la conocida como *Declaración de Valencia* que manifiesta de forma categórica que la sexualidad humana es dinámica

¹²⁸¹ Véase mayor desarrollo de esta información general en el sitio oficial de la WAS: <http://www.worldsexology.org/>

¹²⁸² Otras organizaciones de este tipo son la *Federación Africana de Salud y Derechos Sexuales* (AFSHR, por su sigla en inglés *African Federation for Sexual Health and Rights*) y la *Federación Norteamericana de Organizaciones Sexuales* (NAFSO, por su sigla en inglés *North American Federation of Sexuality Organization*)

y cambiante, se construye continuamente por la mutua interacción del individuo y las estructuras sociales, está presente en todas las épocas de la vida, como fuerza integradora de la identidad y contribuye a fortalecer y/o producir vínculos interpersonales. Además, esta Declaración establece que el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, es fuente de bienestar físico, psíquico, intelectual y espiritual y es parte de una sexualidad libre de conflictos y angustia, promotora del desarrollo personal y social.

Sobre esas bases se propone que la sociedad cree las condiciones dignas donde se puedan satisfacer las necesidades para el desarrollo integral de la persona y el respeto a una serie de atributos que no dudan en calificar de “derechos sexuales” y que tienen el carácter de inalienables, inviolables e insustituibles de nuestra condición humana. Tales serían:

Derecho a la libertad, que excluye todas las formas de coerción, explotación y abusos sexuales en cualquier momento de la vida y en toda condición, constituyendo la lucha contra la violencia una prioridad;

Derecho a la autonomía, integridad y seguridad corporal, lo cual abarca el control y disfrute del propio cuerpo libre de torturas, mutilaciones, y violencias de toda índole;

Derecho a la igualdad sexual que se refiere a estar libre de todas las formas de discriminación e implica respeto a la multiplicidad y diversidad de las formas de expresión de la sexualidad humana, sea cual fuere el sexo, género, edad, etnia, clase social, religión y orientación sexual a la que se pertenece;

Derecho a la salud sexual, que incluye la disponibilidad de recursos suficientes para el desarrollo de la investigación y conocimientos necesarios para su promoción, haciendo expresa mención a que el SIDA y las ETS requieren de más recursos para su diagnóstico, investigación y tratamiento;

Derecho a la información amplia, objetiva y verídica sobre la sexualidad humana que permita tomar decisiones respecto a la propia vida sexual;

Derecho a una educación sexual integral desde el nacimiento y a lo largo de toda la vida como proceso en que deben intervenir todas las instituciones sociales;

Derecho a la libre asociación, que significa la posibilidad de contraer o no matrimonio, de disolver dicha unión y de establecer otras formas de convivencia sexual;

Derecho a la decisión reproductiva libre y responsable, es decir, a tener o no hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el acceso a las formas de regular la fecundidad consagrando que el niño tiene derecho a ser deseado y querido; y

Derecho a la vida privada que implica la capacidad de tomar decisiones autónomas con respecto a la propia vida sexual dentro de un contexto de ética personal y social, declarando que el ejercicio consciente racional y satisfactorio de la sexualidad es inviolable es insustituible.

De este verdadero primer catálogo de derechos sexuales y reproductivos que surge en el mundo, más allá de los incipientes reconocimientos que se han dado por ejemplo a propósito de la

Declaración de El Cairo a que ya he hecho referencia, no puedo más que destacar el derecho a la igualdad sexual y a la vida privada que vienen a ser el marco en que este desarrollo recoge las reivindicaciones centrales de los grupos LGTB que, antes incluso que sus derechos reproductivos, aspiran a que se les reconozca en igualdad de condiciones el solo hecho de existir y de ser así tal cual como son, sienten y quieren vivir.

Unos años más adelante, esta *Declaración de Derechos Sexuales* fue revisada y aprobada por la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, el 26 de agosto de 1999, en el 14vo. Congreso Mundial de Sexología, celebrado en Hong Kong, República Popular China, quedando acordada de modo de reconocer los siguientes derechos.

1.- El derecho a la libertad sexual. Consistente en la posibilidad de la plena expresión del potencial sexual de los individuos. Sin embargo, esto excluye toda forma de coerción, explotación y abuso sexuales en cualquier tiempo y situación de la vida.

2.-El derecho a la autonomía, integridad y seguridad sexual del cuerpo. Referido a la capacidad de tomar decisiones autónomas sobre la propia vida sexual dentro del contexto de la ética personal y social. La capacidad de control y disfrute de nuestros cuerpos, libres de tortura, mutilación y violencia de cualquier tipo.

3.- El derecho a la privacidad sexual. Concerniente al derecho de las decisiones y conductas individuales realizadas en el ámbito de la intimidad siempre y cuando no interfieran en los derechos sexuales de otros.

4.- El derecho a la equidad sexual. Consagrando la oposición a todas las formas de discriminación, independientemente del sexo, género, orientación sexual, edad, raza, clase social, religión o limitación física o emocional.

5.-El derecho al placer sexual. Considerando el placer sexual, incluyendo el autoerotismo, como fuente de bienestar físico, psicológico, intelectual y espiritual.

6.-El derecho a la expresión sexual emocional. Entendiendo que la expresión sexual va más allá del placer erótico o los actos sexuales y que todo individuo tiene derecho a expresar su sexualidad a través de la comunicación, el contacto, la expresión emocional y el amor.

7.-El derecho a la libre asociación sexual. Referido a la posibilidad de contraer o no matrimonio, de divorciarse y de establecer otros tipos de asociaciones sexuales responsables.

8.-El derecho a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables. Abarcando el derecho a decidir tener o no hijos, el número y el espacio entre cada uno, y el derecho al acceso pleno a los métodos de regulación de la fecundidad.

9.-El derecho a la información basada en el conocimiento científico. Se refiere a que la información sexual debe ser generada a través de la investigación científica libre y ética, abarcando el derecho a la difusión apropiada en todos los niveles sociales.

10.- El derecho a la educación sexual integral. Entendiendo que este es un proceso que se inicia con el nacimiento y dura toda la vida y que debería involucrar a todas las instituciones sociales.

Así las cosas, en general se pueden considerar las siguientes como las premisas que se han puesto presente desde esta *Declaración de Derechos Sexuales* en adelante en los discursos que abordan la *sexualidad humana*, ideas que son indispensables y esenciales como base para el reconocimiento eficaz de los derechos de las minorías sexuales y por cierto de todos y todas, nos reconozcamos o no como parte de este grupo:

1°.- La *sexualidad* es una parte integral de la personalidad de todo ser humano.

2°.- La *sexualidad* se construye a través de la interacción entre el individuo y las estructuras sociales.

3°.- El desarrollo pleno de la *sexualidad* depende de la satisfacción de necesidades humanas básicas como el deseo de contacto, la intimidad emocional, el placer, la ternura y el amor.

4°.- El desarrollo pleno de la *sexualidad* es esencial para el bienestar individual, interpersonal y social.

5°.- Los *derechos sexuales* son derechos humanos universales basados en la dignidad, la libertad y la igualdad de todos los seres humanos.

6°.- Los *derechos sexuales* deben ser reconocidos, promovidos, respetados y defendidos por todas las sociedades.

Estas seis proposiciones ponen de manifiesto la importancia que en nuestros días se debe dar a la construcción de un mundo en el cual nadie sea violentado o discriminado por su *orientación sexual* o por su *identidad de género*.

Su importancia no es menor y prueba de ello es que se tienen presente como parte de un cierto marco normativo en la materia desde la propia institucionalidad internacional de derechos humanos.

En otras palabras, además de los avances sustanciales que he referido, es importante acotar que esta *Declaración de Derechos Sexuales* es a veces mencionada en la institucionalidad formal del ámbito internacional que se preocupa de la salud sexual y reproductiva, como es por ejemplo, el caso de la Organización Panamericana de la Salud. La oficina regional de la OMS resulta una de las pocas organizaciones a nivel internacional en asumir una idea amplia de la *sexualidad* como marco conceptual y referir esta construcción respecto de los jóvenes justamente invocando el trabajo que ha hecho WAS por medio del instrumento que vengo comentando. En esa lógica ha dicho que “...la Región necesita un nuevo marco conceptual que se aproxime a la salud sexual y el desarrollo de los adolescentes dentro de un enfoque más amplio de desarrollo humano y promoción de la salud... La salud se reconoce universalmente como un derecho fundamental del ser humano, y la salud sexual como un componente integral de la salud en general. Por lo tanto, la salud sexual y reproductiva, incluyendo la de los adolescentes y jóvenes, es un derecho humano que incluye el derecho a la

integridad sexual, a la seguridad sexual del cuerpo, a la privacidad, a la igualdad, al amor, a la expresión, al derecho a elegir, a la educación y al acceso a la atención de salud. El concepto de derechos sexuales es reconocido y apoyado por varias conferencias mundiales, tales como la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (1994, El Cairo), la Cuarta Conferencia Mundial sobre Mujeres, (1995, Beijing), la Conferencia Mundial de Derechos Humanos y la Asociación Mundial de Declaración de Sexualidad y Derechos Sexuales, (XIII Congreso Mundial de Sexología, Valencia, España, 1997)...”¹²⁸³.

Otro ejemplo – también reciente - ha sido la Intervención de la Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en el acto de presentación del libro “Voces excluidas”, llamada “Hacia el pleno respeto de los derechos humanos de lesbianas, gays, bisexuales y transgeneristas”, llevada a efecto en Bogotá, el 13 de septiembre de 2005 en que el propio orador, representante de Naciones Unidas, invocó justamente estos textos¹²⁸⁴.

Estos dos ejemplos reconducen a apartados anteriores de este capítulo en que se ha buscado presentar que el *soft law* es un tema vivo y presente en el devenir actual de la protección internacional de los derechos humanos. Este caso incluso es especialmente relevante pues se ha construido un verdadero catálogo de derechos desde un actor no estatal y ha sido recogido por algunas organizaciones internacionales de carácter gubernamental.

3.3.1.2. Los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género.

En noviembre de 2006 fueron adoptados en Indonesia los llamados *Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación de las Leyes Internacionales de Derechos Humanos en relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género*, conocidos simplemente como *Principios de Yogyakarta*, los cuales fueron presentados oficialmente en marzo de 2007 coincidiendo con la sesiones del Consejo de Derechos Humanos de la ONU en Ginebra, y relanzados en noviembre de 2007 a las Naciones Unidas en Nueva York con el patrocinio de Argentina, Brasil y Uruguay.

En su origen estuvo un consorcio de ONG’s y en su elaboración ha trabajado un grupo de expertos internacionales en derechos humanos, provenientes de 25 países de todas las regiones del planeta y del mundo del activismo, la oficialidad, la judicatura y la academia¹²⁸⁵. El contexto en que

¹²⁸³ Documento “Marco conceptual para el desarrollo y la salud sexual de adolescentes y jóvenes” de la Organización Panamericana de la Salud, Disponible en: <http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/sa-marconceptual.pdf> (último acceso: 24 de octubre de 2010)

¹²⁸⁴ Discurso disponible en <http://www.hchr.org.co/publico/pronunciamientos/ponencias/po0579.pdf> (último acceso: 26 de abril de 2010)

¹²⁸⁵ Los expertos participantes y que adoptaron los *Principios* fueron: Philip Alston (Australia), Relator Especial de Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias y Profesor de Derecho, School of Law, New York University, USA; Maxim Anmeghichean (Moldova), European Region of the International Lesbian and Gay Association; Mauro Cabral (Argentina), Universidad Nacional de Córdoba, International Gay and Lesbian Human Rights Commission; Edwin Cameron (Sudáfrica), Suprema Corte de Justicia, Bloemfontein, South Africa; Sonia Onufer Correa (Brasil), Investigadora Asociada en la Brazilian Interdisciplinary AIDS Association (ABIA) y Co-presidenta del Grupo de Trabajo Internacional sobre Sexualidad y Políticas Sociales; Yakin Erturk (Turquía), Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Violencia contra las mujeres, Profesor del Departamento de Sociología, Middle East Technical University, Ankara, Turquía; Elizabeth Evatt (Australia), ex Miembro y Presidenta del Comité de Naciones

surgen tiene que ver en buena medida con lo que se ha ido relatando en esta tesis acerca de la falta de un adecuado entendimiento de los derechos humanos de que son titulares quienes defienden para sí una *sexualidad* diversa, sea en cuanto a la preferencia de sus afectos sexuales o sea en cuanto a la forma de identificarse por su *género*, a lo cual hay que sumar los conceptos esencialistas que han estado a veces detrás de los escasos desarrollos: desde la confusión entre *sexo* y *género* hasta la asimilación de la *disforia de género* como una forma más de *orientación sexual*.

Su relevancia es nada menor puesto que buscan aportar uniformidad en el plano internacional a la cuestión conceptual de qué se entiende por *identidad de género* y por *orientación sexual*, precisión necesaria como he venido señalando.

Señala el Preámbulo que orientación sexual se refiere a “la capacidad de cada persona de sentir una profunda atracción emocional, afectiva y sexual por personas de un género diferente al suyo, o de su mismo género, o de más de un género, así como a la capacidad de mantener relaciones íntimas y sexuales con estas personas”.

Además indica que identidad de género se refiere a “la vivencia interna e individual del género tal como cada persona la siente profundamente, la cual podría corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, incluyendo la vivencia personal del cuerpo (que podría involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios médicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que la misma sea libremente escogida) y otras expresiones de género, incluyendo la vestimenta, el modo de hablar y los modales”.

Los *Principios de Yogyakarta* han significado un importante avance al abordar tanto derechos civiles, como los políticos, económicos, sociales y culturales. Estos principios muestran como los derechos sexuales y la igualdad de género deben articularse dentro de una visión amplia de lo que debe ser la protección de derechos para todos y todas, sin distinción. Estos principios se ocupan de una amplia gama de normas de derechos humanos y de su aplicación a las cuestiones

Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, ex Miembro del Comité de Derechos Humanos de la ONU y Comisionada de la Comisión Internacional de Juristas; Paul Hunt (Nueva Zelanda), Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho al más alto nivel de vida posible y Profesor de Derecho, Departamento de Derecho, University of Essex, Reino Unido; Asma Jahangir (Pakistan), Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de Pakistán; Maina Kiai (Kenya), Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos de Kenya; Miloon Kothari (India), Relator Especial de Naciones Unidas sobre el derecho a una vivienda adecuada; Judith Mesquita (Reino Unido), Investigadora Senior del Centro de Derechos Humanos, University of Essex, Reino Unido; Alice M. Miller (Estados Unidos de Norteamérica), Profesora Asistente, Escuela de Salud Pública, Co-directora del Programa de Derechos Humanos, Columbia University; Sanji Mmasenono Monageng (Botswana), Juez de la Alta Corte de Gambia, Comisionada de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; Vitit Muntarbhorn (Tailandia), Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación en la República Democrática de Corea y Profesor de Derecho, Chulalongkorn University, Tailandia; Lawrence Mute (Kenya), Comisionada de la Comisión de Derechos Humanos de Kenya; Manfred Nowak (Austria), Profesor y Co-director del Ludwig Boltzmann Institute of Human Rights, Austria, y Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes; Ana Elena Obando Mendoza (Costa Rica), abogada, activista y consultora feminista; Michael O'Flaherty (Irlanda), Miembro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Profesor de Derechos Humanos aplicados y Co-director del Human Rights Law Centre, School of Law, University of Nottingham, y Relator para el desarrollo de los Principios de Yogyakarta; Sunil Pant (Nepal), Presidente de la Sociedad Diamante Azul de Nepal; Dimitrina Petrova (Bulgaria), Directora Ejecutiva de The Equal Rights Trust; Rudi Muhammad Rizki (Indonesia), Relator Especial de Naciones Unidas sobre la solidaridad internacional y Vice Decano de Faculty of Law, University of Padjadjaran, Indonesia; Mary Robinson (Irlanda), ex Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; Nevena Vuckovic Sahovic (Serbia y Montenegro), Miembro del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño y Presidenta del Centro de Derechos del Niño de Belgrado; Martin Scheinin (Finlandia), Relator Especial de Naciones Unidas sobre el terrorismo, Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho Internacional, y Director del Instituto de Derechos Humanos de Finlandia; Wan Yanhai (China), Director del Beijing AIZHIXING Institute of Health Education, China; Stephen Whittle (Reino Unido), Profesor de Derecho, Manchester Metropolitan University, United Kingdom; Roman Wieruszewski (Polonia), Miembro del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas; y Robert Wintemute (Reino Unido), Profesor de Derechos Humanos, School of Law, King's College London, United Kingdom.

relativas a la *orientación sexual* y la *identidad de género*. Adicionalmente, afirman la obligación primordial que cabe a los Estados en cuanto a la implementación de los derechos humanos, y reconocen que los Estados podrían contraer obligaciones adicionales conforme la legislación en materia de derechos humanos continúe evolucionando, afirmando las normas legales internacionales vinculantes que todos los Estados deben cumplir.

Bajo una óptica que se sitúa en el derecho de cada ser humano, sobre la base de su dignidad y de la igualdad y libertad que de ella derivan, a gozar de los mismos derechos que a cada uno se reconocen, sin que en dicho goce o ejercicio tenga incidencia alguna el *sexo*, el *género* - o la *identidad de género* - o su *orientación sexual*, los *Principios* vienen a sostener desde un punto sustantivo una proyección del principio de no discriminación.

Desde otra perspectiva lo que hacen es recoger cómo se debería aplicar la legislación internacional sobre derechos humanos a las cuestiones de *orientación sexual* e *identidad de género*, estableciendo recomendaciones para cada caso.

Los principios 1º al 3º consagran justamente el principio de no discriminación en el goce de los derechos humanos universales y el derecho de toda persona a ser reconocida ante la ley, por lo cual las leyes que penalizan la homosexualidad violan el derecho internacional de no discriminación reconocido por la jurisprudencia internacional.

Los principios 4º al 11º abordan los derechos relacionados con la seguridad humana y personal, refiriéndose a varios derechos fundamentales como el derecho a la vida, a vivir sin violencia y sin tortura, a la privacidad, al acceso a la justicia y a no ser detenido/a arbitrariamente. En ese sentido entonces es que no es posible que se siga aplicando la pena de muerte a casos de actividad sexual consensuada entre adultos del mismo sexo o deteniendo a personas solamente por ser sospechosas de manifestar una sexualidad diversa.

Los principios 12º al 18º establecen la no discriminación por *orientación sexual* o *identidad de género* para el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que incluye la no discriminación en el empleo, en el acceso a la vivienda, a la seguridad social, a la educación y a los servicios de salud. Por ello es que no pueden seguir las lesbianas y mujeres transgénero en un creciente riesgo de sufrir discriminación, de carecer de vivienda y de sufrir violencia; ni las niñas que expresan afecto por otras niñas ser discriminadas y expulsadas de las instituciones educativas; ni obligar a personas intersexo a someterse a ese tipo de cirugías contra su voluntad.

Los principios 19º al 21º refieren la importancia de gozar de libertad de expresión, de opinión y de asociación. Esto tiene relación directa con la posibilidad libre de expresar la propia identidad y la propia sexualidad, sin interferencia del Estado sin importar la orientación sexual y la identidad de género, incluyéndose además el derecho a participar en asambleas y eventos públicos pacíficos y a asociarse en comunidades con otras personas. Por ello no es posible aceptar que una reunión pacífica para promover la igualdad de las diversas orientaciones sexuales e identidades de

género sea prohibida por las autoridades, al tiempo que los participantes son acosados e intimidados por la policía y por conciudadanos extremistas.

Los principios 22° y 23°, en tanto, tratan la libertad de movimiento y el derecho a solicitar asilo si alguien es perseguido por su *orientación sexual* o *identidad de género*. Así entonces la protección y estatus de Refugiado deberá otorgarse a personas que enfrentan fundados temores de ser perseguidos por su orientación sexual, tal y como lo ha sostenido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados y se ha explicado en otros apartados de este trabajo.

Los principios 24° al 26° se refieren al derecho de las personas a participar en la vida cultural y familiar de la comunidad, sin discriminación por su orientación sexual o identidad de género. Los Estados tienen entonces la obligación de no discriminar entre parejas de sexo diferente y parejas del mismo sexo al otorgar los beneficios de la sociedad conyugal, por ejemplo, al otorgar pensión al sobreviviente de una pareja.

El principio 27° por su lado se refiere a los derechos de los defensores de los derechos humanos, sin discriminación, y la obligación estatal de proteger a quienes defiendan los derechos en función de una *orientación sexual* o por *identidad de género*. En todo el mundo, los defensores de derechos humanos que trabajan con cuestiones de orientación sexual e identidad de género reciben amenazas, asaltos a sus casas y oficinas, ataques, torturas, abusos sexuales, tortura con amenaza constante de muerte, e incluso la muerte, todo lo cual no puede seguir ocurriendo.

Finalmente, los principios 28° al 29° establecen el derecho a recursos legales y a reparaciones en el marco de la debida responsabilidad, ratificando la importancia de responsabilizar penalmente a los violadores de derechos y de garantizar que se otorguen reparaciones legales apropiadas a las personas cuyos derechos han sido violados. Esto va en directa relación con la idea de terminar con la impunidad en crímenes violentos contra personas LGBT y hacer efectiva la responsabilidad del Estado en su deber de hacer extensiva la protección efectiva a estos grupos¹²⁸⁶.

Como se puede observar, buena parte de ellos lo que hace es referirse a los derechos humanos que ya están consagrados, por ejemplo, el derecho a la educación, la libertad de expresión o de opinión, o al más alto nivel posible de salud. Otros en tanto buscan referir situaciones problemáticas, como la protección contra abusos médicos que busca que ninguna persona sea obligada a someterse a ninguna forma de tratamiento, procedimiento o exámenes médicos o psicológicos, ni a permanecer confinada en un establecimiento médico, por motivo de su orientación sexual o su identidad de género, dando cuenta que con independencia de cualquier clasificación que afirme lo contrario, la orientación sexual y la identidad de género de una persona no constituyen, en sí mismas, trastornos de la salud y no deben ser sometidas a tratamiento o atención médicas, ni suprimidas. Otro grupo por su parte lo que persigue es establecer estándares para los derechos en el caso de minorías sexuales, por ejemplo preocupándose particularmente que

¹²⁸⁶ Mayores antecedentes y los propios Principios desarrollados en: http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm (último acceso: 28 de diciembre de 2010)

las nociones de orden público, moralidad pública, salud pública y seguridad pública no sean utilizadas para restringir ninguna forma de ejercicio de derechos únicamente sobre la base de la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género.

Cada principio se acompaña de recomendaciones detalladas dirigidas a los Estados, redactadas por cierto con carácter impositivo en verdad, y también incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a otros actores, incluyendo al sistema de derechos humanos de la ONU, las instituciones nacionales de derechos humanos, los medios de comunicación, las organizaciones no gubernamentales y las agencias financiadoras.

Como se aprecia entonces, este es un enfoque que busca que la *orientación sexual* y la *identidad de género* se tengan en cuenta para no discriminar en el goce de los derechos ya reconocidos internacionalmente más que un enfoque que busque aportar a la construcción de derechos especiales para estas minorías, destacando que el Preámbulo aporta interesantes desarrollos sobre qué debe entenderse por *orientación sexual* y por *identidad de género* como ya se ha apuntado párrafos antes.

Particular interés merece a mi entender que en el marco del Principio 3° que se refiere al derecho a la igualdad ante la ley, se haga énfasis en que la definición sexual de cada persona es parte integral de su personalidad y uno de los aspectos más básicos de la autodeterminación, la dignidad y la libertad de las personas. *“Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad. Ninguna persona será obligada a someterse a procedimientos médicos, incluyendo la cirugía de reasignación de sexo, la esterilización o la terapia hormonal, como requisito para el reconocimiento legal de su identidad de género. Ninguna condición, como el matrimonio o la maternidad o paternidad, podrá ser invocada como tal con el fin de impedir el reconocimiento legal de la identidad de género de una persona. Ninguna persona será sometida a presiones para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual o identidad de género”*.

Ahora bien, pese a su importancia no se puede desconocer que se incurrió en último término en ciertas omisiones. Como apunta alguna doctrina¹²⁸⁷, no se hizo referencia en el texto final al derecho al matrimonio heterosexual. En efecto, en el principio 24, relativo al derecho a fundar una familia, sólo se hace mención al derecho de las parejas del mismo sexo, en aquellos países que han permitido el matrimonio homosexual. Asimismo se apunta en este sentido que al usar las referencias a la expresión *género* de manera neutra, por ejemplo para no caer en la dicotomía tantas veces mencionada, se ha omitido la posibilidad de tratar de forma adecuada los problemas que

¹²⁸⁷ O’Flaherty, M. and Fisher, J., “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles” (cit.), Volume 8, Number 2, 2008, p. 236.

afectan a las lesbianas por su género, crítica que no comparto puesto que justamente la neutralidad del texto frente al *género* debe ayudar para no caer en nuevas estigmatizaciones o en victimizaciones mayores a las que ya se producen en la práctica. Si se mencionaran expresamente a las lesbianas bien podría alegar lo mismo quienes tienen *disforia de género* o aun quienes son *intersex*.

Sobre todo lo expuesto sobre este instrumento internacional, bien vale la pena preguntarse que valor jurídico tienen estos *Principios*, especialmente si consideramos que incluyen recomendaciones adicionales dirigidas a instituciones de derechos humanos, organismos profesionales, patrocinadores, ONG's, a la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, a las propias Naciones Unidas, a los órganos de los tratados, a los Procedimientos especiales y a otros agentes y que a los estados en general se les señala que deben adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole necesarias para evitar las violaciones a derechos y hasta se les dice que deben derogar leyes que sean contrarias a los derechos de personas LGTB usando un lenguaje de tipo prescriptivo.

La cuestión no es nada menor ya que desde un estricto punto de vista jurídico hay que reconocer que no son una fuente de obligación para los estados. Sin embargo ¿es posible y acertado restarles todo mérito normativo cuando persigue que órganos internacionales, como el ACNUR o los procedimientos especiales los incluyan en sus trabajos, cuando parte de la propia institucionalidad de la ONU adhiere a su pretendido valor¹²⁸⁸ y cuando algunos estados los reconocen para incorporarlos de diversas formas en sus órdenes internos¹²⁸⁹? La cuestión del valor del *soft law* resulta acá aplicable como un ejemplo de instrumento que emana de actores no estatales y que busca decir cómo deben interpretarse normas convencionales y qué medidas concretas de diverso orden deben adoptar los estados, sean estas normativas o de políticas públicas. Un ejemplo de plena actualidad ha sido indicado al hacer referencia al caso nacional¹²⁹⁰ comentando que en el marco del Examen Periódico Universal ante el Consejo de Derechos Humanos se le ha dicho a Chile que aborde la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en programas y políticas de igualdad utilizando los *Principios de Yogyakarta* como guía en su formulación¹²⁹¹. Como se aprecia, se recoge por el Consejo un trabajo que no ha nacido en la misma ONU sino desde fuera de ella.

¹²⁸⁸ O'Flaherty, M. and Fisher, J., "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles", en *Human Rights Law Review*, Volume 8, Number 2, 2008 pp. 238- 243.

¹²⁸⁹ O'Flaherty, M. and Fisher, J., "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles" (cit.) pp. 243- 244.

¹²⁹⁰ Véase en el Capítulo 4° el tema "Una mirada al caso chileno".

¹²⁹¹ Doc. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal. 12° período de sesiones. Tema 6 de la agenda. A/HRC/12/10 del 4 de junio de 2009, párrafos 27, 28 y 29. Doc. NU A/HRC/12/10, párrafos 27, 28 y 29.

3.3.2. El *soft law* de actores estatales.

3.3.2.1. La Declaración de las Naciones Unidas sobre Orientación Sexual e Identidad de Género.

Esta Declaración tuvo su origen en una iniciativa francesa presentada en mayo de 2008, respaldada por la Unión Europea y que fue presentada oficialmente en las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 2008, siendo leída ante la Asamblea General por el delegado de Argentina.

Como antecedente remoto a ella habría que apuntar ciertas resoluciones adoptadas por la extinta Comisión de Derechos Humanos en los períodos 2000, 2002, 2003, 2004 y 2005, en que se afirmó expresamente la obligación de los estados de proteger el derecho inherente a la vida de todas las personas bajo su jurisdicción llamando a los estados a investigar pronta y profundamente todos los asesinatos, incluso aquellos cometidos por razones discriminatorias, incluyendo la discriminación producida por orientación sexual¹²⁹².

También como antecedente hay que recordar que ya en años anteriores se habían leído en Naciones Unidas declaraciones de similar tenor pero jamás en el seno del órgano plenario y que en buena medida se inspiraban en aquellas resoluciones de la Comisión de Derechos Humanos recién referidas, aprobadas en el marco de la preocupación por las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias.

Así, en 2005 y ante la evidencia de que no se adoptaría ninguna resolución específica se leyó ante el Consejo de Derechos Humanos una declaración encabezada por Nueva Zelanda y apoyada por 32 países en que afirmaba que los estados no pueden ignorar la evidencia de las violaciones de derechos humanos por razones de orientación sexual, llamando a la Comisión de Derechos Humanos a responder a ello¹²⁹³.

En el año 2006 se produjo lo mismo, esta vez bajo la promoción de Noruega y con el apoyo de 54 estados, reconociendo que el Consejo de Derechos Humanos había recibido pruebas y evidencias sobre violaciones de derechos por orientación sexual e identidad de género, elogiando la labor de las ONG's, los procedimientos especiales y los órganos de los tratados en orden a incorporar en sus trabajos la consideración de la orientación sexual y la identidad de género, instando al Presidente del Consejo a asignar tiempo en el futuro para la discusión de estas cuestiones¹²⁹⁴.

¹²⁹² Véanse E/CN.4/RES/2005/34, párrafo 5; E/CN.4/RES/2004/37, párrafo 6; E/CN.4/RES/2003/53, párrafo 5; E/CN.4/RES/2002/36, párrafo 6; y E/CN.4/RES/2000/31, párrafo 6.

¹²⁹³ Citada por O'Flaherty, M. and Fisher, J., "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles" (cit.) p. 230.

¹²⁹⁴ Citada por O'Flaherty, M. and Fisher, J., "Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles" (cit.) p. 230.

En ese contexto entonces, ya para el año 2008 se había desarrollado un cierto consenso en la necesidad de adoptar alguna resolución en el órgano plenario de Naciones Unidas ante tanta evidencia sobre las violaciones por razones vinculadas a las *sexualidades diversas*.

Pese a la importancia innegable de la temática la declaración del año 2008 ha sido firmada solo por 66 estados¹²⁹⁵ incluyendo Estados Unidos que en marzo de 2009 y gracias a la decisión del nuevo Presidente de los Estados Unidos, Barak Obama, la ha firmado también, cambiando así la decisión de su predecesor quien junto con no firmarla manifestó su rechazo a ella en diversos foros.

En lo sustancial, el texto de 2008 urge a los estados miembros de la ONU a tomar las medidas necesarias, sobre todo legislativas, a fin de que la *orientación sexual* y la *identidad de género* bajo ninguna circunstancia sean castigadas de manera penal.

Pone alerta sobre los atropellos de derechos que sufre la comunidad LGTB y llama a evitar que por la preferencia sexual se realicen prácticas como “el uso de la pena de muerte; ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias; tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el arresto o detención arbitrarios, y la denegación de derechos económicos, sociales y culturales, incluido el de la salud”, haciendo justamente un recordatorio de la intervención de 2006 ante el Consejo de Derechos Humanos y una mención expresa a la adopción en el seno de la Organización de Estados Americanos de la resolución sobre “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género”, a la que me referiré en el apartado siguiente.

En lo que toca a su carácter de *soft law* hay que decir que en la idea original de sus promotores se trataba de adoptarla como una “resolución” de la Asamblea General, idea que no prosperó por encontrar fuerte oposición en un grupo de países, oposición promovida en primer lugar desde el Vaticano y que tomara máxima expresión en un grupo no menor de países que llegaron a formalizar su rechazo aprobando una declaración en sentido contrario¹²⁹⁶.

Pese a ello, suele encontrarse citada como un avance en la consideración de forma expresa de la discriminación por *orientación sexual* o *identidad de género* en el seno de las Naciones Unidas teniendo su continuación conceptual a fin del 2010 al aprobarse, ahora por instancia de Estados Unidos y su administración de turno, con apoyo de la Unión Europea y 95 votos a favor, una enmienda a favor de los homosexuales, bisexuales y transgéneros, que habían sido excluidos de

¹²⁹⁵ Los países por continente que la han firmado son: por AFRICA: Cabo Verde, República Centroafricana, Gabón, Guinea-Bissau, Mauricio, Santo Tomé y Príncipe. Por AMERICA: Argentina, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Cuba, Ecuador, Estados Unidos, México, Nicaragua, Paraguay, Uruguay, Venezuela. Por ASIA: Armenia, Georgia, Israel, Japón, Nepal, Timor Oriental. Por EUROPA: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rumania, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República de Macedonia, Reino Unido. Por OCEANIA: Australia y Nueva Zelanda.

¹²⁹⁶ Los países que firmaron esta Declaración de oposición son los siguientes, agrupados por continente. Por AFRICA: Argelia, Benin, Camerún, Chad, Comoras, Costa de Marfil, Yibuti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gambia, Guinea, Kenia, Libia, Malawi, Mali, Mauritania, Marruecos, Níger, Nigeria, Ruanda, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudán, Suazilandia, Tanzania, Togo, Túnez, Uganda, Zimbabue. Por AMERICA, sólo Santa Lucía. Por ASIA, Afganistán, Bahrein, Bangladesh, Brunei, Indonesia, Irán, Iraq, Jordania, Kazajistán, Kuwait, Líbano, Malasia, Maldivas, Corea del Norte, Omán, Pakistán, Qatar, Arabia Saudita, Siria, Tayikistán, Turkmenistán, Emiratos Árabes Unidos, Yemen. Por OCEANIA, Fiji y las Islas Salomón. Como se aprecia, no ha tenido firmantes del mundo europeo ni presencia relevante del mundo americano.

una resolución de noviembre del mismo año en el marco de la preocupación citada por las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias.

Efectivamente este avance con que se cierra el año 2010 vino a revertir el revés sufrido el 12 de noviembre anterior cuando la propia Asamblea General, a través de la Tercera Comisión - sobre Asuntos Sociales, Humanitarios y Culturales - aprobó la propuesta de algunos países por eliminar la referencia explícita a la *orientación sexual* en una resolución sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, lo que contó con 79 votos a favor, 70 en contra, 17 abstenciones y 26 inasistencias, resultado en que los votos a favor provienen mayoritariamente de países africanos, árabes y del Caribe en que hay una fuerte presencia de grupos cristianos e islámicos de corte fundamentalista¹²⁹⁷, mientras que los votos en contrario a la eliminación provienen esencialmente de estados europeos y americanos¹²⁹⁸.

Lo que ocurrió es un conjunto de países¹²⁹⁹ había presentado ante esta Comisión una propuesta de resolución que instaba expresamente a todos los Estados a que aseguren la protección efectiva del derecho a la vida de todas las personas que estén bajo su jurisdicción e investiguen rápida y concienzudamente todas las muertes, incluidas todas las muertes motivadas por cualquier razón discriminatoria, incluida la orientación sexual¹³⁰⁰, pero esta fue enmendada en esa referencia expresa por sugerencia de Mali, en nombre de los estados miembros del Grupo de los Estados de Africa, y de Marruecos, en nombre de los estados que son miembros del Grupo de los Estados Arabes y los que son miembros de la Organización de la Conferencia Islámica¹³⁰¹.

El logro que ha significado terminar con esa eliminación y volver a incluir la referencia expresa a la *orientación sexual* en diciembre de 2010 debe en todo caso considerarse con la cautela que supone haber omitido totalmente la consideración de quienes son perseguidos y asesinados extrajudicialmente por causa de su *identidad de género* y con el hecho de que aún persista un considerable grupo de estados que se niega a firmar la declaración del año 2008.

¹²⁹⁷ Votaron a favor de esta enmienda para eliminar la referencia a la orientación sexual: Afganistán, Algeria, Angola, Azerbaijan, Bahamas, Bahrein, Bangladesh, Belice, Benin, Botsuana, Brunei Dar-Sala, Burkina Faso, Burundi, Camerún, China, Comores, Congo, Costa de Marfil, Cuba, República Democrática del Congo, Djibuti, Egipto, Eritrea, Etiopía, Gana, Grenada, Guyana, Haití, Indonesia, Irak, Irán, Jamaica, Jordán, Kazajistán, Kenia, Kuwait, Líbano, Lesoto, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Malasia, Maldivas, Mali, Marruecos, Mozambique, Myanmar, Namibia, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Qatar, Federación Rusa, Ruanda, Saint kits and Nevis, Saint Lucia, Saint Vincent and Grenadines, Arabia Saudí, Senegal, Sierra Leona, Somalia, Sudáfrica, Sudán, Surinám, Swazilandia, República Arabe Siria, Tayikistán, Túnez, Uganda, Emiratos Arabes Unidos, República Unida de Tanzania, Uzbekistán, Vietnam, Yemen, Zambia, Zimbabue.

¹²⁹⁸ Votaron en contra de esta enmienda para eliminar la referencia a la orientación sexual: Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bután, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Costa Rica, Croacia, Chipre, República Checa, Dinamarca, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Alemania, Grecia, Guatemala, Hungría, Islandia, India, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Micronesia, Mónaco, Montenegro, Nepal, Países Bajos, Nueva Zelanda, Noruega, Panamá, Paraguay, Perú, Polonia, Votaron a favor de esta enmienda para eliminar la referencia a la orientación sexual: Afganistán, Algeria, Angola, Portugal, República de Corea, República de Moldavia, Rumania, Samoa, San Marino, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Suecia, Suiza, República ex yugoslava de Macedonia, Timor-Leste, Ucrania, Reino Unido, Estados Unidos, Uruguay y Venezuela.

¹²⁹⁹ Estos países fueron: Albania, Alemania, Andorra, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Canadá, Chile, Chipre, Croacia, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Guatemala, Honduras, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, Malta, México, Mónaco, Montenegro, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, República Checa, República de Moldova, Rumania, Serbia, Suecia, Suiza y Uruguay.

¹³⁰⁰ Doc. NU A/C.3/65/L.29/Rev.1, párrafo 6.

¹³⁰¹ Doc. NU A/C.3/65/L.65.

Ante todos estos desarrollos - y los matices que han tenido - nuevamente acá viene la pregunta sobre la naturaleza de estos instrumentos, sobre todo porque parecen destinados en lo sustancial a influir en los órdenes normativos internos.

La respuesta conduce otra vez a la pertinencia de considerar el *soft law* seriamente ya que no parece sustentable que países que han firmado la declaración del 2008 o promovido otras, aún cuando sean carentes de eficacia jurídica, puedan livianamente sustraerse del contenido de lo estipulado que claramente tiene al menos un espíritu prescriptivo, alegando la falta de fuerza vinculante.

3.3.2.2. Las resoluciones de la OEA sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género.

El 3 de junio de 2008 durante la cuarta sesión plenaria de la Asamblea General se aprobó una Resolución denominada *Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*¹³⁰² que en lo sustancial y considerando como marco normativo las declaraciones universal y americana de derechos humanos, básicamente “manifiesta su preocupación por los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionadas, cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género” y encarga a los órganos respectivos de la OEA incluir el tema en su agenda.

Ante semejante manifestación de buen propósito le ha seguido una preocupación continental fuertemente impulsada por Brasil quien en mayo de 2009 propuso una nueva resolución¹³⁰³ que, con bastante más elocuencia, buscó seguir manteniendo el tema en la agenda de la organización.

Este proyecto incorpora nuevos elementos respecto del texto aprobado en 2008. Tal vez el aporte más relevante es la introducción del concepto “expresión de género” que se vincularía con las expresiones externas de identidad sexual, como sería por ejemplo el vestuario, que antes he llamado “representación de género”¹³⁰⁴.

En su fundamento un aspecto interesante es que toma nota en su Preámbulo de la *Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género* presentada en Naciones Unidas el 18 de diciembre del año pasado, lo cual viene a reforzar la idea de la cierta fuerza que tiene el *soft law*.

Sobre esto la verdad es que resulta muy determinante que el instrumento al cual se remite tenga en sí mismo una fuerte base de falta “legitimidad”, en su existencia claro de instrumento blando.

En este orden de ideas, no parece que una declaración suscrita por 14 de los 34 miembros de la OEA sea un texto con gran peso político no obstante lo cual sus avances sustantivos son más que relevantes a la causa de las *minorías sexuales* en el continente.

¹³⁰² Doc. NU AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08)

¹³⁰³ Doc. OEA/Ser.G CP/CAJP-2739/09, 1 mayo 2009.

¹³⁰⁴ Véase en el Capítulo 1 el tema: “La construcción social: el *género* de cada persona”.

En la parte resolutive desarrolla de forma más detallada el enfoque de prevención e investigación de los actos de violencia y violaciones de los derechos humanos cometidos a causa de la *orientación sexual*, la *identidad* y *expresión de género*.

En ese marco propuesto y en medio de lo que fue el desarrollo del trigésimo noveno período de sesiones de la OEA, el 4 de junio de 2009 se aprobó una segunda *Resolución sobre Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género*¹³⁰⁵ que en una de sus partes establece que se condenan los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos relacionados, perpetrados contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género y señala la importancia de la Declaración adoptada sobre la materia por las Naciones Unidas en 2008, es decir, otra vez un instrumento blando toma nota de otro instrumento blando.

Esta nueva resolución no incluye en definitiva la noción “expresión de género” y en buena medida se enmarca en la cultura de la no violencia que se tomó como eje en este año 2009 en la OEA y que terminó con una referencia expresa a la violencia generada por cualquier tipo de discriminación, incluida la basada en la orientación sexual y la xenofobia¹³⁰⁶.

Efectivamente, en la Declaración *Hacia una Cultura de la no Violencia* de San Pedro de Sula adoptada en el trigésimo noveno período de sesiones de la Organización de Estados Americanos en Honduras el 4 de junio de 2009 se establece que hay que garantizar “el respeto a los derechos de los pueblos indígenas, los afro-descendientes, los migrantes y sus familias y las personas en situación de vulnerabilidad, particularmente aquellos afectados por la violencia generada por cualquier tipo de discriminación, incluida la basada en el origen racial o étnico, la orientación sexual y la xenofobia”¹³⁰⁷.

En el texto de esta segunda resolución se urge a los estados a investigar hechos de violencia que ocurren por esta razón y se le insta a asegurar a los defensores de derechos humanos que trabajan en temas sobre violencia contra individuos por identidad de género u orientación sexual.

Desde un punto de vista normativo, se hace un llamado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a otros órganos del sistema para incluir el tema en su agenda.

Si bien esta resolución y la Declaración *Hacia una Cultura de la no Violencia* de San Pedro de Sula en lo que toca al tema de las identidades de género y orientación sexual han sido apoyadas por los grupos continentales que defienden los derechos de los grupos LGTB han sido también criticadas por no incluir en definitiva la idea de “expresión de género” que es la causante de buena parte de las violentas manifestaciones de intolerancia que viven estos grupos en el continente americano.

Esta crítica junto a un serio llamado a la institucionalidad americana a avanzar en el camino de la no discriminación por orientación sexual e identidad de género se formalizó en la llamada *Declaración de San Pedro Sula, de la Coalición de lesbianas, gays, bisexuales, travestis,*

¹³⁰⁵ Doc. OEA AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)

¹³⁰⁶ Doc. OEA AG/17-09

¹³⁰⁷ Doc. OEA AG/17-09

transexuales, transgénero e intersex de las Américas. Por cierto, otro instrumento de *soft law* emanado de actores no estatales, adoptado por diversas organizaciones de lesbianas, gays, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersex, reunidas en San Pedro Sula, Honduras, el 29, 30 y 31 de mayo de 2009 amparándose en las directrices establecidas por la Asamblea General de la OEA¹³⁰⁸ que determinan un marco normativo para promover y fortalecer la participación de la Sociedad Civil en la OEA y en el proceso de Cumbres de las Américas y señalando la importancia de la resolución AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08).

En este instrumento manifestaron su preocupación “por la omisión del concepto de identidad y expresión de género del párrafo 5to del proyecto de declaración de San Pedro Sula, que hace referencia a la violencia generada por la discriminación. La identidad y expresión de género de travestis, transgéneros y transexuales es parte fundamental del ejercicio de nuestra libertad cultural y construcción identitaria”.

Luego agregan, en directa relación con la región, una descripción que merece ser visibilizada. “En la Región de las Américas las atrocidades cometidas han sido documentadas desde hace más de una década. Diversos informes producidos en su gran mayoría por organizaciones no gubernamentales, permiten constatar la existencia de innumerables ejecuciones extrajudiciales, detenciones arbitrarias, torturas y asesinatos producto de las llamadas campañas de “limpieza social” o de las producidas por grupos de exterminio como sucede en México, Brasil, Colombia y el Salvador.

Sin embargo, es importante recalcar que este tipo de actos discriminatorios y de violencia que se registran son las formas más flagrantes y extremas de violación de derechos, aquellas que afectan esencialmente el derecho a la vida y a la integridad personal.

Estos hechos no solo se circunscriben a ataques físicos, maltrato policial, abuso de autoridad, o crímenes de odio. En el seno de las familias o de la comunidad se dan prácticas de violencia privada, como son uniones matrimoniales forzadas, el sometimiento a estereotipos y roles de género que restringen el libre desarrollo de la personalidad y la sexualidad, el encierro forzado y la tortura en clínicas de “rehabilitación”, que muchas veces concluyen en suicidio.

La violencia del sistema judicial, manifestada en el proceso legal de cambio de nombre y sexo, implica exámenes vejatorios, operaciones forzadas y mutilaciones.

El ser afrodescendiente, mujer, indígena, joven, migrante, anciana y vivir con una condición de discapacidad entre otras formas de marginación, son factores que acentúan la violencia ejercida contra las personas por razón de su orientación sexual e identidad y expresión de género.

Consideramos que es fundamental que la discriminación sea sancionada por medio de instrumentos legales apropiados y efectivos, que además promuevan una cultura de la NO violencia.

¹³⁰⁸ Resoluciones AG/RES.2092(XXXV-O/05); CP/RES.759(1217/99); 840(1361/03); AG/RES.1707(XXX-O/00) y AG/RES.1915(XXXIII-O/03)

En este contexto cabe destacar la situación de los 8 países del Caribe anglófono que aún mantienen vigentes las leyes conocidas como de “sodomía”, que son utilizadas por el Estado, fuerzas de seguridad y actores privados que nos acosan, intimidan y persiguen. Estas leyes que han sido reiteradamente identificadas como violatorias de derechos humanos establecen un entorno de violencia que ha sido documentado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante su reciente visita a Jamaica.

Los innumerables casos de asesinatos, torturas, violencias sexuales, detenciones arbitrarias, humillaciones públicas a las que nos someten a diario a las personas travestís, transexuales, transgéneros, lesbianas, gays, bisexuales e intersex; así como a las trabajadoras sexuales en Latinoamérica y el Caribe, y particularmente en Honduras, perpetúan un clima de odio e impunidad con total indiferencia del Estado”.

En base a lo expuesto, estos representantes de la sociedad civil terminan en su declaración por exigir a los Estados y al gobierno de Honduras el desarrollar investigaciones transparentes, serias y con pleno respeto a la ley, así como sancionar de manera severa y ejemplar, a todos aquellos actores que cometen delitos escudándose en la impunidad y en valores morales que fomentan y justifican el odio y los prejuicios.

Lo más relevante es la demanda que hacen a la OEA para incluir la *identidad de género* en su programa de derecho a la identidad de manera en que inste a los Estados a desarrollar la normatividad y el marco legal necesario para eliminar la exclusión social por medio del reconocimiento jurídico de estas personas; a que los Estados miembros del Caribe Anglófono eliminen las leyes que criminalizan las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo y todas aquellas otras leyes que limiten el libre desarrollo de la personalidad o inciten a la violencia social; a que los Estados se comprometan a diseñar políticas nacionales e integrales orientadas a la implementación de buenas prácticas en todos los ámbitos, sociales, educativos y profesionales y la creación de observatorios que den cuenta de la situación vigente de violaciones a derechos humanos; a que la Asamblea General apruebe el Proyecto de Resolución AG/doc. 4962/09 "Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de Género" presentado por la Delegación de Brasil, cuya iniciativa agradecen; a que la Asamblea General adopte el Proyecto de Resolución AG/doc. 4959/09 "Proyecto de Convención Interamericana Contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia" y a que los Estados miembros se comprometan a concluir la negociación del anteproyecto respetando los avances sustantivos logrados durante los últimos años.

Sin duda esta parte es la más relevante: un documento que emana de actores no estatales hace un fundado y sólido llamado a los actores estatales a la codificación y al desarrollo progresivo del tema.

Durante el año 2010 y en el marco del cuadragésimo período de sesiones de la OEA, celebrado esta vez en Lima, Perú, el tema fue nuevamente considerado adoptándose el 8 de junio la resolución AG/RES. 2600 (XL-O/10), “Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad de

Género” que, patrocinada por Brasil y co patrocinada por Bolivia, se destaca no sólo por condenar los actos de violencia y de violaciones de derechos humanos cometidas contra personas por su *orientación sexual* o su *identidad de género* y expresar su preocupación por la violencia que afecta a los defensores de los derechos humanos que trabajan estos temas, sino que insta además a los estados miembros a adoptar todas las medidas necesarias para combatir las violaciones por *orientación sexual* o *identidad de género*, garantizando el pleno acceso a la justicia para sus víctimas, pidiendo a la Comisión Interamericana que estudie la posibilidad de realizar un estudio temático.

Por primera vez, esta resolución incluye la noción de discriminación por orientación sexual e identidad de género, instando a los estados a tomar medidas contra ella.

El llamado en tanto que se hace a la Comisión a realizar un estudio temático es sin duda relevante pues, aunque en sí mismos carecen de fuerza vinculante, tales informes tienen en verdad en el marco del sistema interamericano al menos un peso político relevante que puede ayudar en esta causa de no discriminar a nadie por vivir o sentir una sexualidad diversa.

REFLEXIONES FINALES SOBRE EL CAPITULO.

El capítulo ha permitido comprobar, a partir de las muestras ofrecidas sobre la ineficacia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente en materias que entran a la consideración de la *sexualidad humana*, que este es un ámbito en que los instrumentos de baja intensidad jurídica referidos como *soft law*, y que buscan consagrar con pretensión normativa la prohibición de ser discriminado por *identidad de género* o por *orientación sexual* han ganado espacio de forma expresa en instancias institucionalizadas, lo que hace especialmente relevante tener una visión amplia de lo que es el *soft law* en este tiempo y su relevancia para el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, especialmente cuando éste emana de actores estatales o se desarrolla en el seno de la institucionalidad internacional vigente.

CONCLUSIONES

I. Al comenzar a trabajar en esta investigación fue indispensable formular una pregunta central a partir de la cual se construirían una o más hipótesis. Esta interrogante fue en términos simples, qué concepción de la *sexualidad humana* tiene el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Sobre ella se desarrollaron dos hipótesis de inicio.

Por un lado, que mientras en la vida humana se ha producido una evidente evolución de la expresión *sexo* y lo que ello denota para la identificación personal de cada individuo; en el Derecho Internacional Público no se han producido los desarrollos normativos, institucionales y jurisprudenciales adecuados para cubrir y reaccionar de manera conforme al paradigma de protección internacional de los derechos humanos de carácter subsidiario, una discriminación que se funde en un tratamiento desigual por razón de algún aspecto vinculado a todo lo que se relaciona con el *sexo* y la *sexualidad* de una persona.

Por el otro lado, que cuando se habla en lenguaje jurídico internacional de los Derechos Humanos que se han producido avances en la lucha contra la *discriminación por sexo* se trata principalmente de avances en la protección de los *derechos de la mujer* pero no de una protección efectiva de las *discriminaciones en materia de derechos vinculados a la sexualidad* en perspectiva amplia.

El trabajo de investigación que he desarrollado entre los años 2007 al 2010 me permite dar por acreditadas esas hipótesis a partir de la adopción de una gran conclusión que arroja esta investigación.

El Derecho Internacional ha ido por diferentes caminos creando y reconociendo instrumentos de distinto valor normativo, destinados a hacer efectiva por los estados la máxima de la igualdad entre los dos *sexos*, a partir de la constatación de la histórica condición de desigualdad y subordinación que afecta a las *mujeres* desde siempre y en diferentes esferas, tendiendo además a que se adopten medidas de todo tipo, legislativas y de políticas públicas, para que esta desigualdad en todas las esferas, públicas y privadas, se revierta efectivamente.

Sin embargo, así como es patente esta incorporación progresiva y sus resultados exitosos en muchos ámbitos de la vida de las *mujeres*, aunque no en todos los ámbitos y no en verdad para todas las *mujeres* del mundo, no se ha avanzado del mismo modo en la desigualdad que hoy afecta a los seres humanos en general (*hombres y mujeres*) cuando se trata de la reivindicación de una *identidad de género* diversa a lo que la sociedad internacional institucionalizada ha adoptado mayoritariamente como *género* o cuando, sea cual sea el *sexo* o el *género*, una persona manifiesta una *orientación sexual* diversa a lo que culturalmente se ha estimado por muchas civilizaciones que es lo normal para los seres humanos y sus relaciones de pareja.

Expresada esta conclusión de otra forma, quiero señalar que los avances que ofrece el Derecho Internacional para luchar contra las discriminaciones sin causa objetiva y razonable no van de acuerdo con las demandas que algunas personas reivindican para terminar con ciertos hechos que, no siendo nuevos en su existencia, en buena medida hoy son parte de un discurso abierto sobre el verdadero alcance que tiene la *sexualidad* para un ser humano y la determinación de su autonomía para encontrar su propia *identidad sexual*, a partir de cambios sociales y culturales que en algunos casos la institucionalidad internacional - y a veces las nacionales también - no han querido (o no han podido) recoger adecuadamente.

En concreto, cuando de lo que se trata es de reivindicar diferentes formas o manifestaciones de la *sexualidad humana*, más allá de la dicotomía *hombre/mujer* o *masculino/femenino* hay una brecha aún enorme tanto en el plano de la promoción y reconocimiento, como en el de la esencial protección, entendida ésta como la cuestión central a la hora de introducirse al discurso contemporáneo de los derechos humanos en el mundo internacional, bajo el paradigma del carácter subsidiario de este orden jurídico.

Un Derecho que se califique de avanzado y seguro debería considerar que la igualdad como principio debe ser garantizada a través de su manifestación normativa: la regla de no discriminación y que ésta debe quedar abierta a la incorporación de nuevos criterios por los cuales una persona es o puede llegar a ser discriminada. En otras palabras, que considere que todas las formas de humanidad y la enorme diversidad que manifiesta el ser humano deben gozar de la misma protección frente a la vulneración de sus derechos, siempre que ello se ejerza en un plano de autonomía y con total respeto a los derechos de los demás.

La incorporación de la *perspectiva de género* en el marco de la no discriminación ha supuesto una reformulación conceptual por parte del Derecho Internacional de lo que es la discriminación, pero ha sido insuficiente en la consideración de todas las dinámicas sociales que quedan atravesadas por la construcción de diversas identidades de *hombres y mujeres*, tanto por *orientación sexual* como por *género*.

Enmarcada en esta reflexión es que estimo que el trabajo que hay que hacer no debería ir necesariamente por la construcción de verdaderos “nuevos derechos” sino entender que a cada ser humano deben garantizarse todos los derechos ya reconocidos por igual y sólo admitir diferencias en el tratamiento cuando ellas tengan una causa objetiva y razonable que las justifique, no pudiendo la moral privada o las ideas religiosas convertirse en esa causa objetiva y razonable.

Si bien la jurisprudencia internacional - esencialmente la europea de Estrasburgo - y algunos ámbitos del sistema universal dan muestras de estar dando pasos concretos para reparar discriminaciones en este ámbito o al menos para visibilizarlas, hay aún una insuficiencia de remedios en el ámbito normativo y en el institucional, lo cual va de la mano con la pervivencia de una idea muy “tradicional” de la *sexualidad humana* que se manifiesta todavía en la inevitable

relación entre los asuntos de las *mujeres* y los asuntos de la *sexualidad*, en un marco de bastante heteronormatividad como principio y fin.

II. La gran conclusión que ha arrojado esta investigación supone el reconocimiento de ciertas ideas o ciertos supuestos que están intrínsecamente incorporados en ella y que surgen al modo de reflexiones o conclusiones particulares, las cuales paso a desarrollar a continuación, enumerándolas sólo para fines de facilitar la lectura analítica pero no con el ánimo de reflejar entre ellas alguna clase de jerarquía.

1.- El contenido, la significación y los alcances de la *sexualidad* en las diferentes culturas humanas se han construido sobre algunas premisas esencialistas, las cuales han supuesto su invisibilización en muchos discursos o su visibilización desde discursos dogmáticos y con pretensión de universalismo.

La modernización del mundo y la dinámica de globalización económica han influido considerablemente para cambiar profundamente la vida de las instituciones y de las personas.

Hoy vivimos en un mundo cada vez más interdependiente, en el cual la información juega un papel fundamental y en que las telecomunicaciones se han desarrollado fuertemente, acercando a casi todos y todas a otras realidades culturales y a estilos de vida diferentes, que transforman las motivaciones y expectativas de las personas y de las familias. Este hecho, sumado al discurso contemporáneo de los derechos humanos que se ha instalado en el imaginario mundial desde 1945 hasta nuestros días ha hecho que hoy la *sexualidad* se mire de modo diferente por las personas.

La evolución de los desarrollos culturales en las distintas civilizaciones humanas, conforme la óptica que se ha asumido para ello en esta investigación, han mostrado este cambio reflejado en una nueva comprensión de *lo sexual* por las personas, entendiendo que la *sexualidad* se proyecta en múltiples aspectos de la vida, lo que se ejemplifica muy bien en las nuevas formas de familia que van surgiendo y los roles que las personas asumen o buscan asumir en tales contextos y cómo muchas veces son reprimidas por ello, no siendo en todo caso la familia el único ámbito en que este cambio se proyecta aunque sin duda sea de los más relevantes.

Muchos y muchas son hoy los que asumen que el ser *sexuado*, como condición de nuestra especie animal incluye bastante más que la sola diferenciación entre extremos como son el ser *hombre* o *mujer*, que la preferencia amorosa y sexual por personas del mismo sexo o del mismo *género*, o que la disociación entre cómo me siento y cómo me veo y así, si bien por años la *sexualidad* se miró en claves más estrictas, hoy las premisas esencialistas sobre las que se fue construyendo tienden a quedar al descubierto.

En concreto estimo que hay cuatro premisas en el punto de partida de las vinculaciones entre *sexualidad*, *derecho* y *derechos humanos*. En primer lugar, la idea de la *sexualidad* vinculada sólo a la medicalización y la reproducción humana; en segundo término, la *sexualidad* vinculada

directamente a discursos morales de pretensión universalista o religiosos asociados a la idea del pecado; en tercer lugar, la *sexualidad* diversa asociada necesariamente al libertinaje sexual y la promiscuidad y, por último, la ausencia o invisibilización del placer y la felicidad como resultados a buscar y lograr en la vida sexual de las personas.

En esa lógica, hay que dejar de victimizar a las personas LGTB por estar en una situación trágica, por portar una grave enfermedad o, aún peor, por creer que el “pecado” se hubiera manifestado terrenalmente en ellos. Lo que hay que asumir es que están en una condición de mayor vulnerabilidad para gozar de sus derechos y en tan sentido son víctimas no por sus características sexuales de por sí o por las opciones de vida sexual que han adoptado, sino porque buena parte de la sociedad les ha puesto sistemáticamente en esta condición justamente por aferrarse a estas premisas estimadas como dogmas que han impedido el despliegue de la *identidad sexual* de todos y todas en clave de derechos.

2.- Es necesario abrirse a la consideración de la posible reconstrucción de muchas instituciones a la luz de la realidad contemporánea. Esto abarca por cierto toda clase de instituciones que crean las personas para su vida en sociedad, sean sociales, normativo-jurídicas, políticas o de otro orden.

En este orden de ideas, la institución del patriarcado por ejemplo debería desaparecer de la sociedad humana del siglo XXI ya que se viene discutiendo hace décadas lo nefasta que ha resultado para los derechos de la persona humana sin que en verdad se produzcan cambios sustanciales. Ella es razón y causa en buena medida de la evidente condición de inferioridad de las *mujeres* y agrava la situación de las *mujeres lesbianas* a quienes no afecta de igual manera la constante discriminación general sufrida por nosotras a lo largo de la historia de la humanidad. En buena medida eso se debe, a mi modo de ver, en la cierta invisibilidad que tiene como rasgo identitario, que sólo se manifiesta en ciertos contextos, a diferencia de la pertenencia a una etnia o si se quiera la posición socio-económica, que son mucho más visibles al proyectarlas en ámbitos como la educación o el trabajo, por ejemplo.

Del mismo modo, debe dejarse de lado la tajante separación de las esferas de lo público y lo privado entendiendo mayoritariamente que todo lo que tenga que ver con *sexualidad* y *mujeres* queda relegado a el segundo de estos espacios puesto que la vida es en realidad mucho más compleja que esa clásica y ya poco adecuada división de los ámbitos en que se mueve el quehacer de las personas. En efecto, la vida privada también es objeto de política tanto como lo es la llamada vida pública.

La familia y sus principales instituciones, como el parentesco, la paternidad y por cierto el matrimonio, admiten hoy al menos la posibilidad de ser revisadas a la luz de los valores que las distintas sociedades nacionales y la humanidad entera va recogiendo. No se puede rechazar la sola idea de discutir el contenido y contornos del matrimonio y su relación con la formación de nuevos

modelos de familia que se imponen en la realidad, debiendo disociarlo de la religión a la hora de adoptar normas de general aplicación y de la reproducción como requisito indispensable para que un matrimonio exista ya que se trata de una faceta - pero no la única - que puede tener el consorcio de vida que supone vivir bajo el vínculo del matrimonio por un hombre y una mujer, o entre quienes se sienten y viven como dos personas que se aman.

Por supuesto que entrar a la re construcción de instituciones claves como las mencionadas supone también que el derecho que las va a normar en cuanto parte de la vida social de los seres humanos debe mostrarse abierto a ser reconstruido en nuevas claves de entendimiento. Así como la esclavitud, un día en el pasado validada en órdenes normativos, hoy ha sido proscrita del derecho; la reformulación de conceptos debe ser un tema ante el que el derecho debe estar siempre dispuesto.

3.- Es importante precisar claramente los alcances de las distinciones odiosas que afectan a muchas personas en el goce de sus derechos ya que se trata en verdad de un fenómeno social que al proyectarse a lo jurídico puede tomar la forma de una discriminación sin causa objetiva y razonable frente a la que se debe intervenir el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

La premisa sobre la que se construye esta conclusión es que la discriminación es un fenómeno que tiene formas diversas y se vive en distintos planos. La idea de que sólo es discriminación el nazismo alemán de Hitler o el apartheid sudafricano es una vieja y mala idea, como también lo es aquella de que la discriminación proviene sólo del estado y los poderes públicos. La que proviene de particulares es socialmente tan o más grave y se vive en diversos ámbitos de la vida: el laboral, el familiar, el educativo, etc.

Vivimos hoy en una sociedad multicultural, donde nos relacionamos a diario con cientos de personas diferentes; personas que tienen distintos códigos de conductas en muchos planos de la vida y que buscan diferenciarse de los demás sin que ello implique en caso alguno que la diferencia sea, por sí misma, algo malo.

Para luchar contra las discriminaciones la herramienta más efectiva de que disponemos los seres humanos es el Derecho y específicamente el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Por cierto, no niego la existencia y aún la eficacia de otros medios como el activismo o la acción social colectiva - y a ellos iré en el siguiente apartado - pero sin duda mi visión es la jurídica y mi objetivo la defensa del rol que debe y puede tener el Derecho Internacional en la dinámica de la sociedad internacional, especialmente en un mundo globalizado como el actual en que cuando el estado, primer y principal obligado a hacer respetar los derechos humanos no cumple su cometido, obliga a la comunidad internacional a través de los sistemas internacionales de protección, poniendo en acción el carácter subsidiario del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ahora bien, no hay que perder de vista las insuficiencias de este orden normativo que a su vez se anclan en la naturaleza y particularidades del Derecho Internacional en general, con su

fundamento y con su eficacia, que llevan evidentemente a la condicionalidad que otorga la voluntad estatal en obligarse por normas convencionales o aún en aceptar normas de menor fuerza vinculante; en aceptar otorgar competencia a tribunales u otros órganos internacionales de derechos humanos; y en aceptar y cumplir de buen modo aquello que estos decidan.

Pese a esto queda demostrado que con todo y estas debilidades del Derecho Internacional la jurisprudencia y el trabajo institucional a favor de los derechos humanos ha dejado claramente establecido que no todo trato diferenciado o diverso equivale a una discriminación, sino sólo el que no tiene una justificación objetiva y razonable, permitiéndose diferencias que se basen en el mérito o la capacidad pero no aquellas que su funden en rasgos o características grupales o individuales que supongan una mirada estereotipada de ellas, quedando como válidas y permitidas las medidas de acción afirmativa que buscan ayudar a grupos vulnerables más desventajados aún.

Asimismo, los Estados hoy no pueden excusarse de responder por violaciones a los derechos que emanen de particulares si estamos en un contexto, por ejemplo, de discriminación sistemática o institucionalizada a minorías sexuales o a mujeres, aún cuando los hechos provengan de un privado y en todo caso, aún cuando no estemos en esos contextos, debe responder el Estado si no tomó los resguardos a que lo obliga el deber de debida diligencia para con quienes están bajo su jurisdicción.

Esto supone que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe mirarse como una disciplina dinámica, integrada por normas primarias y por normas secundarias; por obligaciones de comportamiento y por obligaciones de resultado; como un ordenamiento en que por la vía del recurso al *soft law* se puede aumentar su ámbito de acción ya que si bien no es vinculante jurídicamente, y en tal sentido no sería invocable o alegable ante tribunales, sí debe entenderse que obliga a las autoridades políticas y administrativas internas y a los legisladores.

Es interesante rescatar esta idea pues muchas parcelas de ese enorme mundo en constante construcción que se suele llamar “derechos humanos” son especialmente sensibles a acuerdos vinculantes. Prueba de ello es la enorme cantidad de *programas, recomendaciones, principios o directrices*, por citar los principales instrumentos de extraña calificación normativa que dan lugar para que la discusión sobre el *soft law* esté instalada en el mundo jurídico de los derechos humanos y en concreto en el mundo de la *sexualidad humana* y su encuentro con el *derecho*.

Dentro de esa lógica, la cuestión de la discriminación por *identidad de género* y por *orientación sexual* parece ser un tema propicio en estos tiempos para que el *soft law* tenga un espacio en el orden de las “reglas internacionales” sobre no discriminación en derechos humanos.

Esto es porque no se puede negar evidentemente que la *identidad de género* y la *orientación sexual* son cuestiones particularmente complejas al momento de vivenciar relaciones humanas y en ello juega la complejidad de factores que inciden en tales construcciones identitarias: desde religiosos, valóricos y culturales hasta los propios de derecho positivo interno hace que nos movamos en un tema particularmente sensible. Tan sensible como lo son en estos tiempos buena parte de las cuestiones que emanan de la *sexualidad humana* en un amplio sentido, más allá de lo

que tiene que ver con la sola diversidad sexual y sus problemas de derechos. El conflicto “clásico” entre el reclamo de una mujer de su derecho a abortar libremente o a usar un determinado método de anticoncepción de emergencia - la llamada “píldora del día después” - “versus” el derecho del hijo que está por nacer, sería un claro ejemplo de cómo se podrán hacer distintas apreciaciones de lo que involucra la *sexualidad* de una mujer, resultando muy difícil, sino imposible, encontrar una posición que no lleve parte de razón y parte de sin razón entre los derechos reclamados por ella y el derecho a la vida del que está por nacer.

En esa línea de pensamiento no resulta entonces difícil entender y aceptar la rica variedad que muestra la realidad internacional buscando algún “grado” de obligatoriedad que se pueda dar a cada texto considerando múltiples aspectos y partiendo de una premisa: que cada vez los estados ven como se va erosionando su soberanía y el recelo a mantenerla puede explicar la tendencia al uso del *soft law* y el miedo al *pacta sunt servanda* de los tratados.

4.- Hay que asumir que las luchas de los grupos LGTB han pasado de la calle a la institucionalidad y han efectuado ese tránsito con éxito y sin marcha atrás.

Aunque muchos defendamos - a ultranza casi en muchos casos - el rol del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el papel que deben jugar los sistemas universal y regionales de protección de derechos vulnerados a grupos específicos como son los *homosexuales* y *transgéneros*, hay que asumir con claridad que el empoderamiento de la sociedad civil es un cambio que en las últimas décadas ha posicionado a ésta como un actor relevante en el camino al logro de una verdadera no discriminación de todos seres humanos.

Efectivamente, el movimiento social ha tenido eco en la institucionalidad.

Esto se ha manifestado, entre otras formas, en la enorme cantidad de conferencias y cumbres internacionales cuyo eje central ha sido la promoción de los derechos humanos, en diversos contextos, lo cual evidentemente en todo caso ha producido una sobrexpectativa en las personas que no han podido sentir cubiertas en muchos casos de grupos vulnerables.

En estas conferencias y cumbres la comunidad internacional ha ido recomendando a los países desarrollar acciones concretas para superar las desigualdades, ya sean socioeconómicas, de género, de edad, religiosas, de etnia, de raza u otras de las muchas discriminaciones existentes en nuestras sociedades. Paulatinamente, los agentes económicos y sociales, incluidos los gobiernos, han comenzado a reconocer las distintas identidades sociales que surgen en esta época y a valorar la igualdad de oportunidades como un derecho fundamental de las personas y un principio inherente a las democracias.

Estos son avances, aunque mínimos aún, que se han logrado en buena medida por el actuar coordinado de esta nueva sociedad civil empoderada y con la mira en lo institucional.

6.- Debe ubicarse al respeto a la dignidad humana y a la diversidad como rector de todo el sistema jurídico internacional de derechos humanos como única forma de hacer efectiva la proclamada universalidad.

La verdadera universalidad de los derechos humanos resulta compatible con el relativismo cultural y con toda la clase de diferencias que hoy se levantan con bandera de lucha en la medida que se entiende una visión amplia de cultura como la que he seguido y a su vez mirándola como un concepto que no es estático o inmodificable, sino que está en constante formación a partir de las prácticas y creencias que los propios integrantes de ese medio cultural van negociando como parte de su mundo y su cultura.

En tal sentido, parece ser que ya no puede usarse la cultura como excusa para violar derechos esenciales, entre ellos, a no ser discriminado sin causa objetiva y razonable y por razón alguna, ya que ello atenta contra algo que es esencial a todas las personas, la *dignidad humana*, entendida en el sentido que la hace ver como esa capacidad de “agenciar” nuestra vida y determinar el cómo queremos vivirla, en el marco del respeto a los derechos de los demás y de aquellos bienes intransables de cada sociedad que, en todo caso, jamás pueden ser excusa para la violación de este derecho, es decir, como una agencia que se traduce en que cada uno y cada una debe poder decidir libremente que hacer con su cuerpo y cómo vivir su *sexualidad*.

En esa lógica, sí parecen plenamente compatibles las relaciones afectivas homosexuales entre adultos con la vida y fe como musulmán, cristiano, judío, budista o hinduista, así como se presentan totalmente incompatibles las persecuciones políticas que se agravan por la *orientación sexual* de una persona o su *identidad de género*, o las mutilaciones genitales femeninas en defensa de una cierta cultura cuando éstas terminan en sangramiento, infecciones y hasta en la muerte de las mujeres o niñas que son sus víctimas involuntarias, supuestamente para resguardar su honor y virginidad antes del matrimonio o incluso para curar “desviaciones” - como el lesbianismo - aún a riesgo de perder el principal rol que para algunos tenemos las mujeres, como es el de la reproducción, sea querida o no.

Es importante atender a la diversidad y a las distintas identidades puesto que cada una de ellas supone una vida que está detrás y que merece ser vivida plenamente por la dignidad humana que hay detrás de esa vida.

En la misma lógica, discusiones sobre si entender el respeto a la diversidad y la no discriminación como norma o como principio, por ejemplo, estimo que deben ceder al momento concreto de aplicar la protección internacional que permita reestablecer a una persona en el goce de su debido derecho. Aún más, centrando la discusión en el valor y alcance de los principios, sea en los órdenes constitucionales o sea en el orden internacional, creo que el espacio doctrinario debe ceder ante la consideración de la dignidad y la no discriminación como normas que no admiten discusión y que en ese carácter deben ser invocadas y aplicadas por el juez respectivo.

7.- La Educación Sexual y basada en la diversidad, en el marco de una Educación en Derechos Humanos para todos y todas, es una necesidad de nuestro tiempo.

Hoy existen muchas personas que se dicen y se creen “educadas”, sin embargo, bien vale fijarse en los contenidos de la educación recibida a fin de que reflejen la vida humana y cómo debería ser, compartiendo los aprendizajes y quedando abiertos a aprender de los demás.

La educación del mundo de hoy en general no está pensada para la diversidad debiendo a mi modo de ver construirse para y en la diversidad.

Educar en diversidad, diferencia y tolerancia debería ser la consigna de la educación mundial para la paz y la seguridad, y en ella los medios de comunicación y los medios informáticos y tecnológicos, en cuanto formadores de opinión pública, están llamados a cumplir un rol que es del todo relevante, sin perjuicio del rol clave que le toca a los estados en esta como en tantas otras materias.

Si se educa en *sexualidad* como una perspectiva de una educación en derechos humanos en los países es posible luchar contra la discriminación que se produce a grupos LGTB por estigmatizaciones y prejuicios que a veces no son más que consecuencia de desconocimientos que se busca eventualmente encubrir bajo paraguas que podrían dar ciertos valores, que se quiere estimar como universales y necesarios para todos y todas por igual sin considerar diferencias de ningún orden.

III. Finalmente, y sobre la base de esta investigación y las conclusiones que antes he desarrollado, quiero introducir ciertas ideas o propuestas de cambios que podrían ayudar a que sea más real y cierta la vida de la norma (o del principio) de la no discriminación de personas por cualquier rasgo que emane o se relacione con su *sexualidad*.

Al igual que antes, hago una enumeración sólo para los fines de la lectura, entendiendo que en esta cuestión, casi mucho más que en otros del ámbito de lo jurídico, los temas están tan conectados y necesitan un abordaje tan integral, que las separaciones sólo pueden justificarse en esa óptica analítica.

1.) Sobre el concepto de derechos humanos en el mundo del siglo XXI. El concepto de derechos humanos debe ser reexaminado por todos los sujetos y actores internacionales con mirada amplia especialmente a la hora de determinar qué constituye una violación y quién la puede cometer, sean estos estados, organizaciones internacionales, individuos, organizaciones no gubernamentales u otros. Ya no es sostenible la clásica visión que mira a la violación del derecho como un hecho castigable en sede internacional sólo cuando proviene directamente del Estado y sus agentes. El deber de debida diligencia y la horizontalidad en el efecto de los derechos son temas que se han consolidado en lo doctrinario, en lo normativo y en lo jurisprudencial del orden

internacional, premisas que son indispensables de tener en cuenta a la hora de pensar en brindar una protección integral a los grupos LGTB.

2.) Sobre la comprensión adecuada de la *sexualidad humana*. Hay que entender que la *sexualidad humana* es un complejo que abarca mucho más que las distinciones biológicas que hacen diferentes a las personas y, en esa misma línea, “despatologizar” la *sexualidad* y desmarcarla de la reproducción como la única o más importante faceta de la *sexualidad humana*. Por ejemplo, la promoción efectiva de la reducción del riesgo de infección por VIH/SIDA y en general los programas de promoción de la salud sexual deben reflejar e incorporar esta perspectiva ampliada, por ejemplo, a través de considerar en verdad la realidad de que las relaciones sexuales incluyen al *género* y la dinámica de poder que se da entre ellos en la práctica. En esa línea, hay que asumir también que el deseo de intimidad y el placer desempeñan una función primordial en la configuración del comportamiento sexual y en la satisfacción personal de cada individuo. Ejemplos como éstos pueden servir para ilustrar lo que se pretende lograr al promover en esta parte esta comprensión adecuada de la *sexualidad humana* que debe llegar a todos y todas los que formamos la familia humana.

3.) Sobre la necesidad de reconocer como enmarcada en el discurso de los derechos la facultad individual de desarrollar la propia construcción identitaria. Parece ser que a pesar del individualismo matriz que trae en sí el discurso contemporáneo de los derechos humanos, no se ha avanzado aún en comprender su relación con la identidad de cada ser humano y el valor de la autonomía personal en cuanto libertad de cada uno y cada una para actuar conforme su propia idea y noción de lo que es bueno, deseable y valioso para su vida, a fin de llegar a “agenciar” la propia vida, cuidando por cierto los derechos e intereses de terceros, entendiendo también que en el caso de niños, niñas y adolescentes esta autonomía se va desarrollando de forma gradual y progresiva, marco en el cual el rol de los padres a partir de su derecho a participar en la educación de los hijos es determinante y requiere una adecuada comprensión en cuanto a su verdadero contenido como derecho fundamental. En esa lógica, la situación es aún más grave cuando se entra al ámbito de la autonomía para el caso de las mujeres y de los grupos LGTB. La concepción que la sociedad y algunos de sus actores relevantes tenga de la *sexualidad* y sus manifestaciones puede validar o puede anular o descalificar una cierta expresión identitaria derivada de la *sexualidad*, sea el *género* o sea la *orientación sexual* por lo que es importante rescatar el adecuado entendimiento de la autonomía personal como un derecho que no se puede interferir. Las democracias contemporáneas deben ser consecuentes en respetar la autonomía de las personas y su libertad para decidir cómo quieren construir su identidad y vivir sus propias vidas, sin aceptar la interferencia del propio aparato estatal o gubernativo ni menos de terceros en la planificación que cada uno haga para su vida, pretendiendo imponer determinadas ideas morales o hasta religiosas, debiendo no sólo actuar por omisión sino además de modo proactivo creando garantías y mecanismos óptimos para materializar esta citada autonomía de otras personas.

4.) Sobre la autonomía, la libertad y su ejercicio por cada individuo a la hora de tomar las decisiones sobre su propia *sexualidad* en base a su *identidad sexual*. Postulo en esto la necesidad de alejar las actitudes paternalistas en la toma de decisiones y la imposición de morales particulares con pretensión de universalidad o de que sean verdadero dogma de fe y vida. Del mismo modo, no pueden utilizarse los sentimientos religiosos de unos como una guía para determinar los derechos de otros. La moral y la religión dividen a las personas por lo que un juez o un legislador no deben guiarse por su propia moral o su propia creencia religiosa para interpretar, aplicar o crear normas e instituciones civiles, ni menos adoptar como fuente textos religiosos, cualquiera sea el origen que éstos tengan, en la medida que esa opción los lleve a tomar partido en un sentido contrario a derechos. Estos se deben mirar en un plano de igualdad de todos y todas, con respeto a los derechos de los demás y los bienes indispensables de cada sociedad, con prudencia y, evidentemente, bajo el principio de proporcionalidad en su aplicación. No puede entonces, ni alguna persona o grupo, ni la autoridad, sea política o jurisdiccional, tratar de imponer a las personas determinadas ideas sobre de lo que es moralmente valioso, bueno, permitido y correcto, anulando la facultad de cada persona para tomar por sí misma estas decisiones. Del mismo modo, este postulado supone que no es posible pretender que todas las diferencias - en este caso derivadas de la *sexualidad* - sean aceptadas como absolutas y válidas para todos. Quien considera voluntariamente a la religión como la guía para su vida en lo sexual, aceptando las prescripciones que ésta le imponga debe poder vivir su vida libre de coacciones de parte de quienes sientan que la religión no debería permear el discurso de la vida terrenal que todos tenemos. En este orden de ideas, es necesario poner atención en un tema olvidado y es la consideración especial en que están los niños, niñas y adolescentes en cuanto sujetos de derechos y su capacidad para construir su propia *sexualidad*. La incapacidad que se les atribuye en muchas materias jurídicas no puede considerarse del mismo modo cuando se trata de este ámbito de su vida. Aunque no necesariamente solos, a los niños, niñas y adolescentes se les debería reconocer la aptitud necesaria para brindar un consentimiento informado válido, cuando se trata de la toma de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud. Sólo así se respetará de verdad el principio de autonomía para todos, de acuerdo a sus valores, creencias e idiosincrasia. Sin duda las relaciones entre infancia, adolescencia y *sexualidad* es un tema apasionante cuyo estudio no ha podido ser comprendido en esta investigación por razones de extensión, como se anunció en la introducción.

5.) Sobre la importancia de la educación sexual como parte del derecho a la educación en y de derechos humanos. La educación sexual del tiempo que estamos viviendo como generación debe ser integral, en la forma concebida por el Relator Especial y presentada someramente en esta tesis, y cumplir además con los estándares de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad que el Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido con relación al derecho a la educación. Esto supone, entre otros muchos aspectos cuyo desarrollo debe estar en manos de expertos en educación y políticas educacionales, la opción de

dejar de considerar en forma exclusiva los enfoques formales de la educación y acercarse a nuevos métodos de formación. El arte en sus diversas manifestaciones, tales como el teatro, la danza o la música, puede servir como herramienta para la educación sexual ya que ayuda a la simbolización e impide que las personas se expongan, generando condiciones de acogida que facilitan la integración y las confianzas. Esto no puede significar en caso alguno que esta “informalidad” que se propone para la educación se haga sinónima de falta de rigurosidad. En efecto, los métodos pueden y deberían evolucionar para integrar diversas vivencias a los esenciales conocimientos que se requieren, lo que ayuda a su vez a desterrar la noción de inocencia y el uso de fuentes incorrectas (novelas, teatros, cine, libros, amistades) descartando la visión de la *sexualidad* como algo vergonzoso o aún peor, ligado al pecado y el oscurantismo. Asimismo, la educación adecuada supone dar especial importancia al lenguaje y su uso, evitando la asunción en los códigos de enseñanza de expresiones sexistas, discriminadoras o intolerantes, que a su vez promueven estereotipos mirados como negativos. Una clase así de educación promovida por la institucionalidad internacional y adoptada por los estados ayudaría sin duda para cumplir las ideas de los puntos anteriores.

6.) Sobre los cambios que se deben incorporar en los órdenes internos por parte de los Estados. En este ámbito creo que no se trata sólo de luchar por terminar con las leyes que eventualmente perpetúen la discriminación por razón de *sexualidad* o establezcan penas por el amor homosexual; o promover leyes más amplias, como serían por ejemplo normativas que sancionen duramente la violencia por *género* y no sólo la violencia a la *mujer*, es decir, leyes que entiendan que la violencia por su *género* puede afectar por ejemplo a transgéneros o aún a travestis, o se puede dar en medio de relaciones homosexuales, debiendo ser considerada también como una forma grave de “violencia de género”; o leyes que establezcan que en caso de separación de los padres, el cuidado de hijos o hijas menores los tiene el padre o madre más apto, debiendo oírse al niño si ello es posible; o leyes que otorguen un marco adecuado para los efectos patrimoniales que se generan en las uniones afectivas entre personas del mismo sexo.

Si bien todo ellos es necesario, los cambios en el orden interno deben ir también en la línea de brindar una mejor preparación a funcionarios de los distintos poderes estatales, tanto en materias sustantivas de no discriminación y protección de derechos humanos, con el ánimo de terminar con ideas estereotipadas de las personas que expresan su *sexualidad* de manera diferente.

Debe hacerse entonces un trabajo multisectorial, que parta por modificaciones normativas como la necesaria reforma de los códigos penales estableciendo figuras delictivas a todos aquellos atentados graves a la igualdad entre personas y que constituyan una discriminación por *sexualidad*, cambiando el lenguaje a uno no sexista (sacando expresiones que lo sean como por ejemplo, “mujer honesta” que usaba el código penal brasilero hasta 2005) y entendiendo que el bien jurídico a proteger en principio no es “el pudor” o “las buenas costumbres” ni tampoco necesariamente “las

familias y su orden”, sino la integridad de la identidad de cada persona; y que siga por las necesarias reformas en otros ámbitos, como la familia, el trabajo o la educación.

De ahí se debe llegar a la creación de conciencia en los ámbitos judiciales, de la administración y de la sociedad civil sobre el concepto de debida diligencia del estado y por tanto como puede llegar a obligarse internacionalmente el estado sin llegar a ser este orden un sustituto del derecho penal; que incluya el estudio, ejecución y evaluación adecuada de políticas públicas que implementen las normas en el sentido de favorecer la inclusión de todos y todas a adecuados cauces para el desarrollo de cada persona en el ámbito laboral, educativo, familiar, de salud, cultural, sin que se discrimine.

Todo ello debe efectuarse, por cierto, sobre la base de un orden constitucional adecuado, que garantice la igualdad en la diversidad y la no discriminación.

7.) Sobre las adecuaciones que requiere el orden internacional de los derechos humanos desde la propia institucionalidad en que se asienta. La adopción de un tratado - como el que se trabaja en el ámbito americano - que pueda otorgar competencia a algún órgano para vigilar su cumplimiento y que expresamente incluya la *orientación sexual* y a la *identidad de género* como criterios específicos y claramente diferenciados entre sí y respecto del *sexo*, y no bajo la formula residual tantas veces referida en contextos internacionales normativos parece una herramienta indispensable de alcanzar en un corto plazo. Ello es importante porque los conceptos no están claros en el ámbito internacional y de ese modo la inclusión y en forma separada puede ayudar a la mayor efectividad del derecho antidiscriminatorio, aunque teniendo en cuenta la prevención respecto al contenido que se le pueda dar a cada uno de estas manifestaciones de la *sexualidad humana* para el momento en que el órgano internacional tenga que interpretar. Definiciones ambiguas como la de *género* como lo concibe el *Estatuto de Roma* no deben volver a adoptarse.

Asimismo, considerar realmente la existencia del crimen de estado, desarrollando así progresivamente el derecho internacional en los casos en que la violación masiva provenga del estado o sus agentes dando así lugar a la responsabilidad estatal que debe entenderse complementaria a la penal internacional de quienes son los responsables, parece un tema indispensable en contextos nacionales de discriminación formal.

También en el ámbito internacional parece necesario dar mayor desarrollo a instrumentos que complementen los principios que ya están desarrollados en los convenios de derechos humanos, para contribuir así a trabajar sobre las especificidades de cada grupo. Pienso por ejemplo en la posición diferente en que están por un lado los niños, niñas y adolescentes al construir su *sexualidad* y aquella en que están los jóvenes, quienes se encuentran en una fase de la vida en que se termina de construir y consolidar la personalidad y la identidad de cada cual, o en la complejidad que encierra para una persona reconocerse como perteneciente a un etnia y ser homosexual, o ser discapacitada y lesbiana, o llegar a la ancianidad sin haber reconocido nunca que se pertenecía un

género distinto al vivido desde niño o niña. Las Naciones Unidas y/o las organizaciones regionales deberían adoptar y los estados deberían comprometerse decididamente en instrumentos que incluyan el deber de rendir cuenta de la inclusión de una mirada amplia sobre la *sexualidad* tanto en los ámbitos de lo público, a nivel de jueces y administración pública, como en el nivel privado, a nivel de escuelas y centros de formación, siguiendo en buena parte lo que ya ha sido el desarrollo en los *Principios de Yogyakarta*, de enorme relevancia por su contenido sustantivo pero carentes de mayor efectividad a la hora de obligar a los estados. En otras palabras, deben buscarse caminos aunque sea en el ámbito del *soft law*, asumiendo que tienen un cierto grado de exigibilidad al menos política.

Por otro lado, en el marco de los mecanismos extraconvencionales de revisión universal a cargo del Consejo de Derechos Humanos debería exigirse la inclusión de información sobre el tratamiento dado a los grupos LGTB.

En sede jurisdiccional en tanto, creo que la ampliación de criterios que han mostrado los tribunales internacionales de derechos humanos debe seguir en esa línea, manteniéndose vigente la posibilidad de que tales órganos jurisdiccionales puedan no sólo interpretar sino también aplicar eventualmente otros tratados internacionales que ayudan a la protección integral de las personas, más allá de aquellos que les atribuyen sus competencias. La complementariedad evidente que existe entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, o entre el primero y el Derecho de los Refugiados, por ejemplo, deben seguir desarrollándose y el más efectivo de esos espacios es sin duda el de las sentencias internacionales contra los estados.

8.) Sobre el rol de la sociedad civil y el papel que debe tener y que se le debe reconocer.

Es fácil constatar que los casos que llegan a instancias internacionales, sea al Comité de Derechos Humanos o sea a los tribunales internacionales de derechos humanos, son casos contra países en que una serie de derechos básicos son respetados, tales como la libertad de expresión o el mismo derecho de petición, y sirven justamente para poder hacer efectivo el reclamo por la violación de la no discriminación. Sin embargo, muchos son también aquellos estados en que este respeto no existe ni siquiera formalmente y es la sociedad civil la que tiene tomar un rol decidido, empoderando a todos y todas para reclamar por sus derechos, sea en la propia sociedad interna o sea para llegar a las instancias internacionales denunciando directamente los episodios de discriminación, cualquiera sea la forma que esta adopte. Para ello, la incorporación de los grupos vulnerables LGTB y sus organizaciones de base en la elaboración, ejecución y evaluación de las reformas y políticas públicas que se adopten para mejorar su situación tanto en los niveles internos como en el orden internacional resulta determinante y debe ser reclamado por ellos y comprometido por las institucionales interna e internacional. Asimismo, el mayor reconocimiento de estatus consultivo ante el Consejo Económico y Social a aquellas organizaciones no gubernamentales que trabajan por los derechos de minorías sexuales parece ser una necesidad que aportaría coherencia al discurso inclusivo que postula Naciones Unidas. ILGA, por ejemplo, ha demostrado su capacidad de realizar

estudios documentados sobre la realidad de las minorías sexuales en el mundo y pese a ello sólo obtuvo este estatus consultivo en 2006 y junto a ella han sido muy pocas las que cuentan con ese estatus privilegiado en Naciones Unidas y que permite de alguna manera presentar y mostrar la realidad desde el propio mundo que la vivencia.

En síntesis, hay que abrir la mente y el corazón para entender la mente y el corazón de los demás.

*“Cada (tic-tac) es un segundo de la vida que pasa, huye y no se repite.
Y hay en ella tanta intensidad y tanto interés que el problema es sólo saberla vivir.
Que cada uno lo resuelva como pueda”*

Frida Kahlo

BIBLIOGRAFIA

I. DOCTRINA

*** MONOGRAFIAS**

Alberoni, F., *El erotismo*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.

Alberoni, F., *Sexo y amor*, Editorial Gedisa, Barcelona, 2006.

Ali, K., *Sexual Ethics & Islam. Feminist Reflections on Qur'an, Hadith, and Jurisprudence*, Oxford, Oneworld Publications, 2006

Akbarzadeh, S. y Mac Queen, B. (Editores), *Islam and Human Rights in Practice. Perspectives across the Ummah*, London, Routledge, 2008.

Akehurts, M., *Introducción al Derecho Internacional*, Versión española y notas de Manuel Medina Ortega, Alianza Editorial, Segunda reimpresión, Salamanca, 1994.

Amnistía Internacional, *El Estado de los Derechos Humanos en el Mundo. Informe 2008 Amnistía Internacional*, Madrid, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), 2008.

Amnistía Internacional, *El sistema internacional de derechos humanos. Manual de uso contra la discriminación racial*, Editorial Amnistía Internacional (EDAI), Dykinson S.L., Madrid, 2001.

Arab Human Development Report, *Towards the Rise of Women in the Arab World*, Resumen Ejecutivo, Traducción al español realizada por el Real Instituto Elcano, 2005.

Armstrong, K., *El Islam*, Traducción de Francisco J. Ramos, Barcelona, Ediciones Grijalbo Mondadori, 2001.

Asociación para las Naciones Unidas en España, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Comentario artículo por artículo*, Icaria Editorial, Barcelona, 1998.

Baile Ayensa, J.I., *Estudiando la Homosexualidad. Teoría e Investigación*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2008.

Barra, E., *Psicología de la sexualidad*, Serie Monografías, Editorial Universidad de Concepción, 2ª. Edición, Concepción, 2002.

Barrére, Mª Angeles, *Discriminación, Derecho antidiscriminatorio y acción positiva a favor de las mujeres*, 1ª edición, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997.

Barrientos, J., *De las Uniones de Hecho. Legislación, doctrina y jurisprudencia*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2009.

Bauman, Z., *Amor Líquido. Acerca de la fragilidad de los vínculos humanos*, Fondo de Cultura Económica, 2005.

Beltrán, E. y Maqueira, V. (Eds.) Alvarez, S. y Sánchez, C., *Feminismos: Debates teóricos contemporáneos*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 2001.

- Benavente, M. C., y Vergara, C.,** *Sexualidad en Hombres y Mujeres. Diversidad de Miradas*, FLACSO-Chile, LOM Ediciones, Santiago, 2006.
- Benedek, W., Kisaakye E. and Oberleitner, G. (Edited by),** *Human Rights of Women. International Instrument and African experiences*, Zed Books in association with World University Service, Austria, Graz, 2002.
- Bengoechea, M^a Angeles,** *“Igualdad, Diferencia y Prohibición de Discriminación. Fundamento y Justificación de Tratamientos Diferenciados”*, Tesis Doctoral, Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Getafe, Madrid, 2002.
- Bewley, A.,** *Islam: El poder de las mujeres*, Traducción y Glosario: Olatz de Andrés Zubillaga, 1^a edición en castellano, Editorial Kutubia Mayurqa, Palma de Mallorca, 2001.
- Bobbio, N.,** *El tiempo de los Derechos*, Traducción de Rafael de Asís Roig, Editorial Sistema, Madrid, 1991.
- Bobbio, N.,** *Igualdad y libertad*, Traducción de Pedro Aragón Rincón, Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1^a edición, Barcelona, 1993.
- Bobbio, N.,** *Teoría general del derecho*, Traducción de Eduardo Rozo Acuña, Editorial Debate S.A., 2^a reimpresión, Madrid, 1993.
- Bollo, Ma. Dolores,** *Derecho Internacional Penal. Estudio de los crímenes internacionales y de las técnicas para su represión*. Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2004.
- Bouhdiba, A.,** *Sexuality in Islam*, Translated from the French by Alan Sheridan, London, Saqi Books, 1998.
- Brenot, P.,** *El sexo y el amor. Cómo conciliar amor, ternura, afecto y sexualidad*, Traducción de Gemma Andújar Moreno, Editorial Paidós, Barcelona, 2005.
- Brownlie, I. y otros,** *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Ediciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- Bunch, Ch., Hinojosa, C. y Reilly, N. (ed.),** *Los derechos de las mujeres son derechos humanos. Crónica de una movilización mundial*, Traducción de Claudia Hinojosa, Edamex, México, 2000.
- Butler, J.,** *Cuerpos que importan: sobre los límites materiales y discursivos del “sexo”*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002.
- Butler, J.,** *Deshacer el género*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2006.
- Butler, J.,** *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2007.
- Campoy, I.,** (Editor), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, Editorial Dykinson S.L., Madrid, 2004.
- Cancado Trindade, A.,** *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001.

- Capotorti, F.**, *Estudio sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. Estudio elaborado en 1977 por el Sr. Francesco Capotorti*, Relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, Serie de Estudios 5, Centro de Derechos Humanos, Organización de Naciones Unidas, 1991.
- Carbonell, M. (Compilador)**, *El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª edición, México D.F., 2003.
- Carrillo Salcedo, J.A.**, *Dignidad frente a la barbarie. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, cincuenta años después*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.
- Carrillo Salcedo, J.A.**, *El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tecnos, Madrid, 2003.
- Carrillo Salcedo, J.A.**, *El Derecho Internacional en Perspectiva Histórica*, Editorial Tecnos, Madrid, 1991.
- Carrillo Salcedo, J.A.**, *Soberanía de los Estados y Derechos Humanos en Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.
- Casanovas, O. y Rodrigo, A.**, *Casos y Textos de Derecho Internacional Público*, Editorial Tecnos, 5ª edición, Madrid, 2005.
- Cassese, A.**, *Los derechos humanos en el mundo contemporáneo*, Traducción de Atilio Pentimalli y Blanca Ribeira de Madariaga, 1ª reimpresión de la 1ª edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1993.
- Castillo, M.**, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, 2ª edición, Valencia, 2006.
- Centro Di Studi Sull'Ecumenismo**, *Cien preguntas sobre el Islam. Entrevista a Samir Khalil Samir realizada por Giorgio Paolucci y Camille Eid*, Traducción de Miguel Montes, Madrid, Ediciones Encuentro, 2003.
- Connell, R.W.**, *Gender*, Blackwell Publishing Inc., Great Britain, 2003.
- Comisión Mundial sobre Cultura y Desarrollo, UNESCO**, *Nuestra Diversidad creativa*, 1995.
- Cordero Del Castillo, P.**, *Introducción a la Sociología de la Religión*, Colección "Acceso al Saber", Serie Sociología, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Editorial, Universidad de Valladolid, Valladolid, 2007.
- De Beauvoir, S.**, *El Segundo Sexo.*, Traducción de Juan García Puente, 4ª Edición, Editorial Sudamericana, 1999.
- Delcambre, A.M.**, *El Islam*, Traducción de Maria Luisa Guindulain, Madrid, Talasa Ediciones, 1993.
- De Lucas, J. (Director)**, *Derechos de las minorías en una sociedad multicultural*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial, 1999.
- De Lucas, J.**, *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Colección: Ensayo, Ediciones Temas de Hoy, 1994.

Edge, Peter W., *Religión and Law. An Introduction*, Ashgate religión, cultura & society series, Ashgate, Great Britain, 2006.

El Khayat, R., *La mujer en el Mundo árabe*, Enciclopedia del Mediterráneo, Barcelona, Icaria Editorial, 2004.

Espejo, N., (Director y Editor General), *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile 2008*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, agosto 2008.

Fariñas, M. J., *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológica jurídica a la “actitud postmoderna”*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 6, Madrid, Editorial Dykinson, 1998.

Fariñas, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 16, Madrid, Editorial Dykinson, 1999.

Fernández de Casadevante, C., *Derecho Internacional Público*, Editorial Dilex, Madrid, 2003.

Fernández Liesa, C., *Derechos lingüísticos y derecho internacional*, Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 12, Editorial Dykinson, 1999.

Flaumenbaum, D., *Mujer deseada, mujer deseante. Las mujeres construyen su sexualidad*, Traducción de Margarita Polo, 1ª edición, Editorial Gedisa, Barcelona, 2007.

Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. 1. La voluntad de saber*, Traducción de Ulises Guinázú, 2ª Edición argentina, revisada, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2008.

Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. 2. El Uso de los Placeres*, Traducción de Soler Martí, 2ª Edición argentina, revisada, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2008.

Foucault, M., *Historia de la Sexualidad. 3. La inquietud de sí*, Traducción de Tomás Segovia, 1ª Edición argentina, 1ª reimpresión, Siglo XXI Editores Argentina S.A., Argentina, 2004.

Fries, L. y Matus, V., *El Derecho. Trama y conjura patriarcal*, LOM Ediciones, La Morada, 1ª Edición, Santiago, 1999.

Gargarella, R., *Las teorías de la justicia después de John Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós Estado y Sociedad, Ediciones Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1999.

García, J. y Santolaya, P. (Coordinadores), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Ediciones del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Giddens, A., *La transformación de la Intimidad. Sexualidad, Amor y Erotismo en las sociedades modernas*, Traducción de Benito Herrero Amaro, 2ª Edición, Ediciones Cátedra, Madrid, 1998.

Giddens, A., *Modernidad e identidad del yo. El yo y la sociedad en la época contemporánea*, Traducción de José Luis Gil Aristu, 2ª Edición, Ediciones Península, Barcelona, 1997.

Giddens A., *Sociología*, Madrid, Alianza Editorial, 4ª edición, 2001.

Giddens, A., *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestra vidas*, Traducción de Pedro Cifuentes, Editorial Taurus, 6ª edición, Madrid, 2005.

Giménez, C. y Calvo, F. (Edit.), *Spanish Painting from El Greco to Picasso. Time, Truth, and History*, Sociedad Estatal para la Acción Cultural Exterior, The Solomon R. Guggenheim Foundation, Madrid, 2006.

- Giménez, D.**, *Una Manifestación Polémica del Principio de Igualdad: Acciones Positivas Moderadas y Medidas de Discriminación Inversa*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999.
- González, J.**, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1986.
- González de Alba, L.**, *La orientación sexual. Reflexiones sobre la bisexualidad originaria y la homosexualidad*, 1ª edición, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.
- González Martín, F. J.**, *El fin del mito masculino. La entrada en el siglo de la mujer*, 1ª edición, Erasmus Ediciones, Barcelona, 2007.
- Guerra de la Vega, R.**, *El Prado Erótico. Las majas de Goya y la Colección erótica del Museo del Prado*, Edición del Autor, Museo del Prado, España, 1995.
- Heller, E. y Mosbahi, H.**, *Tras los Velos del Islam. Erotismo y Sexualidad en la cultura árabe*, Traducción de Constantino Ruiz-Garrido, Barcelona, Editorial Herder, 1995.
- Hernández, G.**, *Uniones afectivo-sexuales y matrimonios entre personas del mismo sexo*, Editorial Arcis, Santiago, 2009.
- Hirsi Ali A.**, *Yo acuso. Defensa de la emancipación de las mujeres musulmanas*, Traducción de Natalia Fernández Díaz, Galaxia Gutenberg, Círculo de Lectores, Barcelona, 2006.
- Hite, Sh. y Barraud, Ph.**, *El orgullo de ser mujer. Todo lo que preguntaría a Shere Hite sobre sexo*, Traducción de Carmen Martínez Gimeno, Editorial Espasa Calpe, Madrid, 2004.
- Huntington S.P.**, *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*, Traducción de José Pedro Tosaus, Ediciones Paidós Ibérica, Barcelona, 1997.
- Ignatieff, M.**, *Los Derechos Humanos como Política e Idolatría*, Traducción de Francisco Beltrán Adell, Editorial Paidós Ibérica, Barcelona, 2003.
- Jacobs F. and White R.**, *The European Convention on Human Rights*, Second Edition, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1996.
- Jiménez de Aréchaga, E.**, *Curso de Derecho Internacional Público*, Tomo I, Teoría General, Centro de Estudiantes de Derecho, Montevideo, 1959.
- Jiménez de Aréchaga, E.**, *El Derecho Internacional Contemporáneo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1980.
- Kabunda, M.**, *Derechos humanos en Africa. Teorías y prácticas*, Serie Derechos Humanos, vol. 7, Universidad de Deusto, Bilbao, 2000.
- Kagan, R.**, *Poder y debilidad. Europa y Estados Unidos en el nuevo orden mundial*, Editorial Taurus, Madrid, 2003.
- Kernberg, O.**, *Relaciones amorosas. Normalidad y patología*, Traducción de Jorge Piatigorsky, 4ª. Reimpresión, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2005.
- Kukathas C. y Pettit, P.**, *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Traducción y epílogo de Miguel Angel Rodilla, Editorial Tecnos, Madrid, 2004.
- Küng, H.**, *El Islam. Historia, Presente, Futuro*, Traducción de José Manuel Lozano Gotor y Juan Antonio Conde Gómez, Madrid, Editorial Trotta, 2006.

- Kymlicka, W.**, *Ciudadanía Multicultural*, Traducción de Carme Castells Auleda, Paidós Estado y Sociedad, Editorial Paidós, 1ª edición, Barcelona, 1996.
- Kymlicka, W.**, *Filosofía política contemporánea*, Traducción de Roberto Gargarella, Ariel Ciencia Política, Editorial Ariel, Barcelona, 1995.
- Leach, P.**, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Second Edition, Oxford University Press, Great Britain, 2005.
- Lerner, N.**, *Minorías y grupos en el Derecho Internacional. Derechos y discriminación*, Serie Folletos 1991/17, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 1ª. Edición, Editorial Amanuense, México, 1991.
- Lévi-Strauss, C.**, *Raza y Cultura*, Traducción de Sofía Bengoa y Alicia Duprat, Tercera edición, Ediciones Cátedra S.A., Madrid, 2000.
- Lomas, C.**, *¿El otoño del patriarcado? Luces y sombras de la igualdad entre mujeres y hombres*, Ediciones Península, Barcelona, 2008.
- López Calera, N.**, *¿Hay derechos colectivos? Individualidad y sociabilidad en la teoría de los derechos*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2000.
- Macionis, J. y Plummer, K.**, *Sociología*, Pearson Prentice Hall, 3ª edición, Madrid, 2007.
- Mandirola, P.**, *Introducción al Derecho Islámico*, Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.
- Marina, J.A.**, *El rompecabezas de la sexualidad*, Anagrama, 2ª Edición, Barcelona, 2006.
- Martin, P.**, *Flexibilidad y Tratados Internacionales*, Madrid, Editorial Tecnos, 2003.
- Martínez, R.**, *Psicosexualidad y Conducta Humana. Comunalidad y Diversidad*, Proyecto de Docencia 97-155, Editorial Facultad Ciencias Biológicas, Concepción, 1999.
- Martínez de Pisón, J.**, *Derechos Humanos: historia, fundamento y realidad*, Colección Egido Universidad N°. 10, Egido Editorial, Zaragoza, 1997.
- Melara, A.G.**, *El Corán. Traducción comentada*, 1ª edición, Palma de Mallorca, Nuredduna Ediciones, 1998.
- Mernissi, F.**, *El amor en el Islam. A través del espejo de los textos antiguos*, Traducción de Nuria Petit Fonserè, Madrid, Santillana Ediciones Generales, 2008.
- Mernissi, F.**, *El poder olvidado. Las mujeres ante un Islam en cambio*, Traducción de Tanja Gras y María Méndez, Barcelona, Icaria Editorial, 2003.
- Mc Kean, W.**, *Equality and Discrimination under International Law*, Oxford University Press, Great Britain, 1985.
- Mikunda, E.**, *Derechos Humanos y Mundo Islámico. Análisis comparatista crítico de textos jurídicos sobre derechos humanos en la pluralidad de contextos iusculturales del Mundo islámico contemporáneo a la luz de la Filosofía del Derecho*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2001.
- Mistral, G.**, *Niña errante: Cartas a Doris Dana*, Editorial Lumen, Santiago, 2009.

- Montilla, A. (Editor)**, *Islam y Derechos Humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2006.
- Moreno-Jiménez, B.**, *La sexualidad humana: Estudio y perspectiva histórica*, Fundación Universidad-Empresa, Madrid, 1990.
- Mullally, S.**, *Gender, Culture and Human Rights. Reclaiming Universalism*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2006.
- Nasir, J.**, *The Status of Women Under Islamic Law*, Arab and Islamic Law Series, Second Edition, London, Graham & Trotman, 1994.
- Nieto, J.A.**, *Cultura y Sociedad en las prácticas sexuales*, Fundación Universidad Empresa, Madrid, 1989.
- Nieto, J.A.**, *Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2008.
- Oraa, J. y Gómez, F.**, *La Declaración Universal de Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario*, Bilbao, Ediciones de la Universidad de Deusto, 2ª. Edición, 1998.
- Osborne, R. y Guasch, O. (Comps.)**, *Sociología de la sexualidad*, 1ª edición, Centro de Investigaciones Sociológicas, Siglo XXI de España Editores, Madrid, 2003.
- Palacios, P.**, *Las convenciones internacionales de derechos humanos y la perspectiva de género*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- Palacios, P.**, *La no discriminación. Estudio de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos sobre la cláusula autónoma de no discriminación*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005.
- Pastor Ridruejo, J.A.**, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 12ª edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2008.
- Peces-Barba, G.**, *Curso de Derechos Fundamentales (I). Teoría General*, Eudema, Madrid, 1991.
- Peces-Barba, G. (con la colaboración de De Asís, R. y Barranco, M.)**, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Colección Derechos Humanos y Filosofía del Derecho, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Pérez Luño, A. E.**, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Editorial Tecnos, 1994.
- Pérez Luño, A.**, *Dimensiones de la Igualdad*, Colección Cuadernos “Bartolomé de las Casas”, Nº 34, Editorial Dykinson, Madrid, 2005.
- Pérez Prat Durbán, L.**, *La provincia del Derecho Internacional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2004.
- Peters, A.**, *Women, Quotas and Constitutions. A comparative Study of Affirmative Action for Women under American, German, European Community and International Law*, Kluwer Law International, Great Britain, 1999.
- Pitch, T.**, *Un derecho para dos: la construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*, Traducción de Cristina García Pascual, Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano 2004, *La libertad cultural en el mundo diverso de hoy*, Ediciones Mundi-Prensa, Madrid, 2004.

Rawls, J., *Teoría de la Justicia*, Traducción de María Dolores González, Primera edición en español, Ediciones F.C.E. España, Madrid, 1979.

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima Segunda Edición, Tomo I, Madrid, 2001.

Remiro, A., *Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

Remiro, A. y Otros, *Derecho Internacional*, Editorial Mc.Graw Hill, 1ª edición, Madrid, 1997.

Remiro, A. y Otros, *Derecho Internacional*, Editorial Tirant Lo Blanch, 1ª edición, Valencia, 2007.

Remiro, A. y Martínez, C (Editores), *Movimientos Migratorios y Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2004.

Renau, M.D., *Ciudadanas y Políticas*, 1ª Edición, Fundación Rafael Campalans, 2008.

Rey M., F., *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Editorial Mc Graw-Hill, Madrid, 1995.

Rico, B., *La sexualidad*, Dirección General de Divulgación de la Ciencia, Universidad Nacional Autónoma de México, México D.F., 2001.

Ridaura, M. J. y Aznar, M. (Coordinadores), *Discriminación versus diferenciación. (Especial referencia a la problemática de la mujer)*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.

Riquelme, R., *Derecho Internacional. Entre un Orden global y fragmentado*, Editorial Biblioteca Nueva, Fundación José Ortega y Gasset, Colección El Arquero, Madrid, 2005.

Riso, W., *La afectividad masculina. Lo que toda mujer debe saber acerca de los hombres*, Editorial Planeta, Barcelona, 2008.

Roberston A.H. and J.G. Merrills, *Human Rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights*, Third Edition, Manchester University Press, Great Britain, 1994.

Rodinson, M., *Mahoma. El nacimiento del mundo islámico*, Traducción de María Elena Vela de Ríos, Barcelona, Ediciones Península, 2002.

Rodríguez-Piñero, M. y Fernández, Mª. F., *Igualdad y Discriminación*, Temas Clave de la Constitución Española, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Rodríguez, F., *Diccionario Gay-Lésbico. Vocabulario general y argot de la homosexualidad*, Editorial Gredos, Madrid, 2008.

Rodríguez Manzano, I., *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y Paz*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2008.

Roque, M.A. (Editora), *Las culturas del Magreb. Antropología, historia y sociedad*, Barcelona, Icaria Editorial, 1996.

- Roy, O.**, *El Islam en Europa: ¿una religión más o una cultura diferente?*, Madrid, Editorial Complutense, 2006.
- Ruiz E.**, *La protección jurídica de las minorías en la Historia Europea (Siglos XVI-XX)*, Cuadernos Deusto de Derechos Humanos, Núm. 3, Ediciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1998.
- Ruiz Miguel, C.**, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, 1ª edición, Madrid, 1994.
- Sacred Congregation por the Doctrine of the Faith**, *Vatican Declaration on Sexual Ethics*, Roma, 29 de diciembre de 1975.
- Santa-Bárbara R., J.**, *La no discriminación fiscal. Su análisis en el Derecho internacional, la OCDE, el GATT y la OMC, los tratados regionales (Pacto Andino, Mercosur, Nafta, etc.), el Derecho comunitario europeo, el Derecho comparado y el Derecho español*, Editorial Edersa, Madrid, 1999.
- Sardar, Z. y Wyn Davies, M.**, *Inshallah. Comprender el Islam*, Barcelona, Intermón Oxfam, 2004.
- Shamsi, N.**, *Human Rights and Islam*, New Delhi, Reference Press, 2003.
- Shibley Hide, J. y DeLamater, J.**, *Sexualidad Humana*, 9ª Edición, Traducción de Susana Margarita Olivares Bari y Gloria Estela Padilla Sierra, Editorial Mac. Graw Hill, México, 2006.
- Sociedades Bíblicas Unidas**, *Dios Habla Hoy, La Biblia con Deuterocanónicos*; Versión Popular; 2ª. Edición; traducción directa de los textos originales: hebreo, arameo y griego; México, 1987.
- Soriano R.; Alarcón C.; Mora J. (Directores y Coordinadores de la edición)**, *Diccionario Crítico de los Derechos Humanos I*, Ediciones Universidad Internacional de Andalucía, Sede Iberoamericana de la Rábida, Huelva, 1ª Edición, 2000.
- Soroeta, J.**, *Los Derechos de la Mujer*, Cursos de Derechos Humanos de Donosita-San Sebastián, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Bilbao, 2007.
- S.O.S. Racismo**, *Sobre el Racismo en el Estado Español*, Informe Anual 2003, Icaria Editorial, Barcelona, 2003.
- Sowell, T.**, *La discriminación positiva en el mundo. Estudio empírico*, Traducción de Abel Debritto y Mercè Diago, 1ª edición, Editorial Fundación FAES S.L.U., México, 2006.
- Spann, G.**, *The Law of Affirmative Action. Twenty-Five Years of Supreme Court Decisions on Race and Remedies*, New York University Press, United States of America, 2000.
- Stearns, P.**, *Gender in World History*, 2nd Edition, Routledge, Great Britain, 2006.
- Strong, B.; DeVault, C.; Sayad, B.W.; and Yarber, W.L.**, *Human Sexuality. Diversity in Contemporary America*, Fifth Edition, Mc. Graw Hill, New York, 2005.
- Sudre F.**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 6^e. édition refondue, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.
- Tamayo, J.J.**, *Fundamentalismos y Diálogo entre religiones*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

- Tellez, A. y Martínez Eloy, J (Coordinadores)**, *Sexualidad, Género, Cambio de Roles y Nuevos modelos de Familia*; Edita (SIEG) Seminario Interdisciplinar de Estudios de Género del Vicerrectorado de Estudiantes y Extensión Universitaria de la Universidad Miguel Hernández, España, 2008.
- Terol, M.J. y Otros**, *Las grandes decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.
- Thornberry, P.**, *International Law and the Rights of Minorities*, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1992.
- Toboso, P.**, *Diccionario de Historia del Mundo actual*, Madrid, Alianza Editorial, 2005.
- Touraine, A.**, *Igualdad y Diversidad. Las nuevas tareas de la democracia*, Traducción de Ricardo González, Segunda edición en español, Fondo de Cultura Económica, México, 2000.
- Truyol y Serra, A.**, *Los Derechos Humanos. Declaraciones y Convenios Internacionales*, 2ª reimpresión, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.
- Truyol y Serra, A.**, *Historia del Derecho Internacional Público*, Versión española de Paloma García Picazo, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1998.
- Uña, O. y Hernández, A. (Directores)**, *Diccionario de sociología*, Editor ESIC, Madrid, 2004.
- Valdés, T. y Guajardo, G.**, *Estado del arte. Investigación sobre sexualidad y derechos sexuales en Chile (1990-2002)*, Centro Latino Americano de Sexualidad y Derechos Humanos CLAM, Río de Janeiro, 2007.
- Valencia, H.**, *Diccionario Espasa de Derechos Humanos*, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, 2003.
- Vidal, G.**, *El otro lado del espejo. Mujeres en un mundo de hombres*, Taurus, 1ª Edición, Santiago, 2006.
- Vidal-Beneyto, J. (Editor)**, *Derechos humanos y diversidad cultural. Globalización de las culturas y derechos humanos*, Barcelona, Icaria Editorial, 2006.
- Vierdag, E. W.**, *The concept of Discrimination in International Law. With special reference to human rights*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1973.
- Vila-Coro, María D.**, *Huérfanos biológicos. El hombre y la mujer ante la reproducción artificial*, 2ª reimpresión, San Pablo, Madrid, 2007.
- Viñuales, O.**, *Identidades lésbicas*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2000.
- Viñuales, O.**, *Lesbofobia*, Ediciones Bellaterra, Barcelona, 2002.
- Wadud, A.**, *Inside the gender jihad. Women's Reform in Islam*, Oxford, Oneworld Publications, 2006.
- Weeks, J.**, *El malestar de la sexualidad. Significados, mitos y sexualidades modernas*, Traducción de Alberto Magnet, Talasa Ediciones S.L., Madrid, 1993.
- Weeks, J.**, *Sexualidad*, Traducción de Mónica Mansour, 1ª edición, Editorial Paidós Ibérica S.A., Barcelona, 1998.

Westen, P., *Speaking of equality. An Analysis of the Rhetorical Force of "Equality" in Moral and Legal Discourse*, Princenton University Press, Princeton, New Jersey, 1990.

Whitaker, B., *Amor sin nombre. La vida de los gays y las lesbianas en el Islam*, Traducción de Ismael Attrache, Madrid, Egales Editorial, 2007.

Wintemute, R., *Sexual Orientation and Human Rights. The United States Constitution, the European Convention and the Canadian Charter*, Clarendon Press, Oxford, Great Britain, 1997.

Xinran, Xue, *Nacer Mujer en China*, Editorial Emece, Barcelona, 2003.

Zacarra L., *Los enigmas de Irán. Sociedad y política en la República islámica*, Buenos Aires, Colección Claves para Todos, Capital Intelectual, 2006.

Zegers, B.; Larraín, Ma. Elena y Bustamante, F., *Sobre la Homosexualidad*, Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, 2007.

*** ARTICULOS DE REVISTAS Y COLABORACIONES EN OBRAS COLECTIVAS**

Abarca A, y Gómez, M., "Breves notas sobre la resolución-circular de 29 de julio de 2005, de la dirección general de los registros y del notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo", en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, volumen 12, 2006.

Aguirre, I., "La Teoría Normativa de las Relaciones Internacionales hoy", en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 1996.

Alonso, J.A. y Mold, A., "Medición de la actividad económica", en Alonso, J.A. (Director), *Lecciones sobre economía mundial. Introducción al desarrollo y a las relaciones económicas internacionales*, Editorial Thomson Civitas, 3ª edición, Navarra, 2007.

Aparisi, A., "Notas sobre el concepto de discriminación", en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas, Año II, julio – diciembre 1995, número 5.

Atienza, M., "Un comentario al caso Kalanke", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, número 19, 1996.

Aust, A., "The theory and practice of informal international instruments", en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), vol.35, 1986.

Ballestrero, M.V., "Acciones Positivas. Punto y Aparte", en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, número 19, 1996.

Bascuñán, A., "La licitud del aborto consentido en el Derecho chileno", en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004.

Baxter, R.R., "International Law in "her infinitive variety"", *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), 1980.

- Beyani, Ch.**, “The Legal Premises for the International Protection of Human Rights”, en *The Reality of International Law, Essays in Honour of Ian Brownlie*, Edit by Guy S. Goodwin-Gilland and Stefan Talmon, Clarendon Press, University Press, Oxford, 1999.
- Binion, G.**, “Human Rights: A Feminist Perspective”, en *Human Rights Quarterly*, 17:3, 1995.
- Bondia, D.**, “Hacia una superación de los límites intrínsecos del Principio de No discriminación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el Protocolo Núm. 12”, en *Anuario de Derecho Internacional*, XVII, 2001.
- Boyle, A.E.**, “Some reflections on the relationship of treaties and soft law”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), octubre 1999.
- Brownlie, I.**, “Human Rights and Contemporary International Law”, en Brownlie, I. y otros, *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Forum Deusto, Ediciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- Bunch, Ch.**, “Transforming Human Rights from a Feminist Perspective”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Bustelo, C.**, “Los derechos humanos y las mujeres en la comunidad internacional”, en *Tiempo de Paz*, N° 29-30, 1993.
- Byrnes, A. and Bath, E.**, “Violence against Women, the Obligation of Due Diligence, and the Optional Protocol to the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – Recent Developments”, en *Human Rights Law Review*, 8:3, 2008.
- Cancado Trindade, A.**, “La interpretación de Tratados en el Derecho Internacional y la especificidad de los Tratados de Derechos Humanos”, artículo en *Estudios de Derecho Internacional en Homenaje al Profesor Ernesto J. Rey Caro*, Córdoba, Drnas-Lerner Editores, 2002.
- Cancado Trindade, A.**, “Complementary between state responsibility and individual responsibility for grave violations of human rights: the crimen of state revisited”, en *International Responsibility Today. Essay in Memory of O. Schachter*; Ed. M. Ragazzi, M. Nijhoff, Leiden, 2005.
- Candia, G.**, “Uniones de Hecho homosexuales. Un análisis constitucional”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008.
- Carrillo Salcedo, J.A.**, “Influencia de los derechos humanos en la consolidación de los principios generales del Derecho Internacional”, en *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores. Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2005.

- Carrillo Salcedo, J.A.**, “Persona humana, Soberanía de los Estados y Orden Internacional”, en *El Derecho Internacional en los albores del siglo XXI*, Homenaje al Profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa, Editorial Trotta, Madrid, 2002.
- Carozza, P.**, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law”, en *The American Journal of International Law*, vol. 97:38, 2003.
- Casas, L.**, “La batalla de la Píldora. El acceso a la anticoncepción de emergencia en América Latina”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004.
- Castro-Rial, F.**, “Los Derechos de las personas en situación vulnerable: mujeres, niños, inmigrantes”, en Blanc, A. (Editor), *La protección internacional de los derechos humanos a los cincuenta años de la declaración universal*, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.
- Celis, R.**, “El matrimonio entre personas del mismo sexo”, en *Revista Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año IX, N° 18, Julio 2008.
- Clark, B.**, “The Vienna Convention Reservations Regime and The Convention on Discrimination against Women”, en *The American Journal of International Law*, vol. 85, 1991.
- Cook, R.**, “International Human Rights and Women’s Reproductive Health”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Cook, R.**, “Women’s International Human Rights Law: The Way Forward”, en *Human Rights Quarterly*, 15:2, 1993.
- Copelon, R.**, “Gendered War Crimes: Reconceptualizing Rape in Time of War”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Cornago, N.**, “Desarrollo, Subdesarrollo y postdesarrollo: Un análisis crítico del debate contemporáneo”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 1997.
- Corral, H.**, “Regulación Legal de las Uniones Homosexuales. Un contrasentido para el Derecho de Familia”, en *Estudios Jurídicos en Homenaje a los Profesores Fernando Fueyo Laneri, Avelino León Hurtado, Francisco Merino Scheihing, Fernando Mujica Bezanilla, Hugo Rosende Subiabre*, Ediciones Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007.
- Charlesworth, H., Chinkin, Ch., and Wright, Sh.**, “Feminist Approaches to International Law”, en *The American Journal of International Law*, Vol.85, 1991.
- Charlesworth, H.**, “Human Rights as Men’s Rights”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Charlesworth, H.**, “Not Waving but Drowning: Gender Mainstreaming and Human Rights in the United Nations”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.18, 2005.
- Charlesworth, H., and Chinkin, Ch.**, “The gender of Ius Cogens”, en *Human Rights Quarterly*, 15:1, 1993.

- Charpentier, L.**, “The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action”, en *EUI Working Papers*, European University Institute, Robert Schuman Centre, San Domenico, 1998.
- Chinkin, C. M.**, “The challenge of Soft Law: Development and Change in International Law”, en *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ), Volume 38, 1989.
- DaCosta, M.**, “The Global Promotion of Gender Equality - A Propaganda Approach”, en *Human Rights Review*, April-June, 2004.
- De Domingo, T.**, “El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica”, en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen I, número 1, julio 2006.
- De Lucas, J.**, “La globalización no significa universalidad de los derechos humanos. (En el 50 aniversario de la Declaración del 48)”, en *Información y Debate*, N° 32, 1998.
- De Ory Arriaga, C.**, “La Corte Internacional de Justicia y los Derechos Humanos”, en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional*, Homenaje al Profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Málaga, Vol. II, Sevilla, 2005.
- Deop, X.**, “De la igualdad en los derechos a la igualdad de derechos: el Protocolo Adicional N° 12 al Convenio Europeo de Derechos Humanos”, en *Anuario de Derecho Internacional*, XVI, 2000.
- Dorf, J. and Careaga, G.**, “Discrimination and the Tolerance of Difference: International Lesbian Human Rights”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Dulitzky, A.**, “El principio de Igualdad y No Discriminación. Claroscuros de la Jurisprudencia Interamericana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 3, junio 2007.
- Dworkin, R.**, “La discriminación inversa”, en *Los Derechos en Serio*, Traducción de Marta Guastavino, 4ª reimpresión, Editorial Ariel S.A., Madrid, 1999.
- Endsjo, Dag**, “Lesbian, Gay, Bisexual, and Transgender Rights and the Religious Relativism of Human Rights”, en *Human Rights Review*, Volume 6, January-March 2005.
- Fernández Valle, M.**, “Matrimonio y Diversidad sexual: la Lección sudafricana”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 3, junio 2007.
- Friedman, E.**, “Women’s Human Rights: The emergence of a Movement”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Gardan, J.**, “La mujer, los derechos humanos y el derecho internacional humanitario”, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, N° 147, septiembre de 1998.

- Gauché, X.**, “El conflicto entre la universalidad de los Derechos Humanos y la existencia de Minorías en la sociedad internacional contemporánea”, en *Conflictos de Identidades y Política Internacional*, Editorial RIL, Santiago, 2005.
- Gauché, X.**, “La intervención de la sociedad civil en el marco de las Naciones Unidas: un nuevo cauce para el logro del Desarrollo Humano”, en Alvez, A. y Gauché, X. (Eds.). *Reflexiones sobre Desarrollo Humano: Derechos, Política y Globalización*, Colección del Programa de Estudios en Desarrollo Humano, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Concepción, 2008.
- Guibourg, R.**, “Igualdad y Discriminación”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, número 19, 1996.
- Hevener, N. and Lindquist, S.**, “Critiquing Gender-Neutral Treaty Language: The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Againsts Women”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Ignatieff, M.**, “Derechos Humanos: la crisis de los cincuenta”, en *Política Exterior, Estudios de Política Exterior*, 70, 1999.
- Jennings, R.Y.**, “An International Lawyer takes stock”, en *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 39, 1990.
- Jimena, L.**, “El derecho a la igualdad en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: su desarrollo jurisprudencial”, en *Revista General de Derecho*, Año L, número 597, junio 1994.
- Kent, V.**, “Protecting civilians from UN peacekeepers and humanitarian workers: Sexual exploitation and abuse”, en Aoi, C., A. de Coning, C & Thakur, R. (eds.), *Unintended consequences of peacekeeping operations*, United Nations University Press, Tokyo, 2007.
- Kolodner, E.**, “Religious Rights in China: a Comparison of International Human Rights Law and Chinese Domestic Legislation”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 16:3, 1994.
- LaViolette, N.**, “The UNHCR’S Guidance Note on Refugee Claims Relating to Sexual Orientation and Gender Identity”, en *ASIL Insight*, Volume 13, Issue 10, July 30, 2009.
- Londono, P.**, “Developing Human Rights Principle in Cases of Gender-based Violence: Opuz v Turkey in the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, 9:4, 2009.
- López, I.**, “Género en la Agenda Internacional del Desarrollo. Un enfoque de Derechos Humanos”, en *Revista Académica de Relaciones Internacionales*, N° 2, Junio 2005.
- Mc Crudden, Ch.**, “Human Dignity and Judicial Interpretation of Human Rights”, en *European Journal of International Law*, Vol. 19, N° 4, 2008.
- Mariño, F.**, “Protección de las Minorías y Derecho Internacional”, en Prieto, L. y Otros, *Derechos de las Minorías y de los Grupos Diferenciados*, Colección Solidaridad 6, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1994.

- Martín, J.M.**, “Los matrimonios homosexuales: una aproximación desde el Derecho Internacional Privado español”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003, 1.
- Martínez, A.**, “Argumentos a propósito de la universalidad de los derechos humanos”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas”, N° 5, 1995.
- Martos, J.**, “El Corán como base legal del Iyihad (razonamiento individual)”, en Hernando De Larramendi, M. y Peña Martín, S. (Coordinadores) *El Corán ayer y hoy. Perspectivas actuales sobre el Islam. Estudios en Honor al profesor Julio Cortés*, 1ª edición, Córdoba, Editorial Berenice, 2008.
- Millbank, J.**, “The role of rights in asylum claims based on sexual orientation”, en *Human Rights Law Review*, volume 4, number 2, 2004.
- Mola, A.**, “Una propuesta de fundamentación de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas, Año II, enero – junio 1995, número 4.
- Mowbray, A.**, “The Consideration of Gender in the Process of Appointing Judges to the European Court of Human Rights”, en *Human Rights Law Review*, 8:3, 2008.
- Nagel, T.**, “Equal Treatment and Compensatory Discrimination”, en *Philosophy and Public Affairs*, volume 2, number 4, 1973.
- Nash, C.**, “La codificación de los derechos humanos en el ámbito internacional y el proceso de codificación: ¿continuidad o cambio?”, en Martinic, M. y Tapia, M. (Drs.) *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, Presente y Futuro de la Codificación*, Tomo II, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Editorial Lexis Nexis, 2005.
- Neuwirth, J.**, “Inequality Before the Law: Holding States Accountable for Sex Discriminatory Laws Under the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women and Through the Beijing Platform for Action”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.18, 2005.
- Neuwirth, J.**, “Sex Discriminatory Laws under The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and Through the Beijing Platform for Action”, en *Harvard Human Rights Journal*, vol. 18, 2005.
- Neuwirth, J.**, “Women and Peace and Security: The implementation of U.N. Security Council Resolution 1325”, en *Duke Journal of Gender Law & Policy*, Volume 9:253, 2002.
- Nogueira, H.**, “La dignidad humana, los derechos fundamentales, el bloque constitucional de derechos fundamentales y sus garantías jurisdiccionales”, en *Gaceta Jurídica*, N° 322, Abril 2007.
- O’Flaherty, M. and Fisher, J.**, “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, en *Human Rights Law Review*, Volume 8, Number 2, 2008.
- Oosterveld, V.**, “The Definition of “Gender” in the Rome Statute of the International Criminal Court: A step forward or back for International Criminal Justice”, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol.18, 2005.

- Orihuela, E.**, “Asilo y Refugiados: ¿Solidaridad o Seguridad?”, en *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, Número 22, 2004.
- Orihuela, E.**, “El derecho a solicitar asilo. Un derecho en fase terminal por las violaciones del Derecho Internacional”, en *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 9, 2003.
- Palacios, J.**, “Más luces que sombras en la Conferencia Mundial de Derechos Humanos”, en *Tiempo de Paz*, N° 29-30, 1993.
- Palmer, A.**, “An Evolutionary Analysis of Gender-Based War Crimes and the Continued Tolerance of “Forced Marriage””, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 7, Number 1, Spring 2009.
- Pastor Ridruejo, J.A.**, “El Protocolo Número 14 a la Convención Europea de Derechos Humanos: ¿Estamos ante la Reforma que necesita el Tribunal?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004.
- Pastor Ridruejo, J.A.**, “Una estrategia integrada para la protección internacional de los Derechos Humanos”, en *Persona Humana y Derecho Internacional*, Hector Gross Espiell, Amicorum Liber, Vol. II, Bruselas, 1997.
- Peces-Barba, G.**, “La universalidad de los Derechos Humanos”, en *Tiempo de Paz*, N° 29-30, 1993.
- Peek, J.**, “Buddhism, Human Rights and the Japanese State”, en *Human Rights Quarterly*, vol. 17:3, 1995.
- Pérez Alvarez, S.**, “El matrimonio entre personas del mismo sexo: ¿una cuestión de inconstitucionalidad?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 12, 2006.
- Pérez Alvarez, S.**, “La incidencia de la ley 13/2005 en el reconocimiento de los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el ámbito de la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005 (2).
- Pérez Luño, A.**, “La universalidad de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XV, 1998.
- Quezada, F.**, “Concepto constitucional de familia”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008.
- Redding, J.**, “Human Rights and Homo-sexuals: The International Politics of Sexuality, Religion, and Law”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, Issue 3, Spring 2006.
- Redding, R.**, “It’s really about sex: same-sex marriage, lesbian parenting, and the psychology of disgust”, en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Vol. 15: 127, 2008.
- Rein, T.**, “Operaciones de paz: el género como discusión pendiente”, en *Estudios Internacionales*, Vol. 39, Núm. 155, Octubre 2006.
- Rodríguez Manzano, I.**, “Mujeres, Género y Teoría Feminista en las Relaciones Internacionales”, en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, Servicio Editorial de la Universidad del País Vasco, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

Rossetti, A., “La universalidad de los Derechos Humanos en el Derecho Internacional”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas, Año IX, enero – diciembre 2004, número 13.

Rubio, A., “Igualdad y Diferencia. ¿Dos Principios Jurídicos?”, en *Derechos y Libertades*, Revista del Instituto Bartolomé De Las Casas, Año II, enero – julio 1995, número 4.

Ruiz, A., “La Discriminación Inversa y el caso Kalanke”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Departamento de Filosofía del Derecho, Universidad de Alicante, número 19, 1996.

Sagiüés, M. S., “Perfil actual de la Corte Suprema estadounidense como tribunal constitucional en la tutela de los derechos humanos. Proyecciones de la doctrina “Lawrence v. Texas””, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Vol. 1, enero-junio, 2004.

Sagiüés, N. P., “Las relaciones entre los tribunales internacionales y los tribunales nacionales en materia de derechos humanos. Experiencias en Latinoamérica”, en *Revista Ius et Praxis*, v. 9. n. 1, Talca, 2003.

San Martín, L., “Uniones civiles en Europa: la problemática italiana”, en *Revista Debates Jurídicos y Sociales*, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Año 1, N° 1, 2008.

Sanz, S., “A propósito de las sentencia Goodwin e I o el debate sobre el matrimonio de transexuales ante el TEDH”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LV, 2003 (I).

Sanz, S., “El tratamiento de la violencia contra la mujer en la Organización de las Naciones Unidas, con especial referencia a los Informes de la Relatora especial sobre violencia contra la mujer”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVI, 2004 (I).

Scott, J.W., “Gender: A useful category of Historical Analysis”, en *American Historical Review*, 91, 1986.

Shelton, D., “Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 4, junio 2008.

Shortnacy, M., “Guilty and Gay, a recipe for execution in American courtroom: Sexual Orientation as a tool for prosecutorial misconduct in death penalty cases”, en *American University Law Review*, Vol. 51: 309, 2001.

Simmons, W.P., “Remedies for the Women of Ciudad Juárez through the Inter-American Court of Human Rights”, en *Northwestern Journal of International Human Rights*, vol. 4, Issue 3, Spring 2006.

Sivakumaran, S., “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”, en *The European Journal of International Law*, vol. 18, num. 2, 2007.

Southerland, H.P., ““Love for sale” - Sex and the Second American Revolution”, en *Duke Journal of Gender Law and Policy*, Volume 15:49, 2008.

- Stamatopoulou, E.**, “Women’s Rights and the United Nations”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Sullivan, D.**, “The Public/Private Distinction in International Human Rights Law”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Thornberry, P.**, “Human Rights, Minorities and Indigenous Peoples: A perspective on the Development of International Law”, en Brownlie, I. y otros, *Los Derechos Humanos en un mundo dividido*, Forum Deusto, Ediciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1999.
- Toledo, P.**, “¿Tipificar el Femicidio?”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 4, junio 2008.
- Toubia, N.**, “Female Genital Mutilation”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Tur, R.**, “Igualdad y No Discriminación por Razón de Sexo en Naciones Unidas. Proceso de Evolución hacia el Género en el contexto de la mundialización de la estrategias para la igualdad de mujeres y hombres”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, N° 11, Primer Semestre 2008.
- Turner, S.**, “Los derechos sexuales y reproductivos y su incidencia en la esterilización y procreación asistida”, en *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Volumen XII, Diciembre 2001.
- Undurraga, V.**, “Anticoncepción de Emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres”, en *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, N° 3, junio 2007.
- Undurraga, V.**, “Informe en Derecho presentado en el recurso de queja interpuesto en el juicio sobre tuición de menores “López Atala, Matilde y otros””, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004.
- Vial, T.**, “Homosexuales y autonomía sexual en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema norteamericana: El caso Lawrence v. Texas”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, 2004.
- Villar, G.**, “El matrimonio de personas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico de Chile”, en *Gaceta Jurídica*, N° 293, noviembre, 2004.
- Wali, S.**, “Human Rights for Refugee and Displaced Women”, en Peters, J. and Wolper, A. (ed.), *Women’s Rights Human Rights. International Feminist Perspectives*, Routledge, New York, 1995.
- Weeks, J.**, “Necessary Fictions: Sexual Identities and the Politics of Diversity”, en Weeks, J.; Holland, J. and Waites, M. (edit.), *Sexuality and society. A Reader*, Traducción de Alberto Magnet, Talasa Ediciones S.L., Madrid, 1993.
- Westen, P.**, “The empty idea of equality”, en *Harvard Law Review*, Volume 95, january 1982, number 3.

II. DOCUMENTACION

* ARTICULOS Y DOCUMENTOS CONSULTADOS EN PAGINAS WEB

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Folleto Informativo N° 16 (Rev.1)

Disponible en http://www.ohchr.info/spanish/about/publications/docs/fs16_sp.htm

De Miguel, A., *Los Feminismos a través de la Historia Capítulo II. Feminismo Moderno*,

Disponible en <http://www.nodo50.org/mujeresred/historia-feminismo2.html>

Explanatory Report on Protocol N° 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

Disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/en/reports/html/155.htm>

Explanatory Report on Protocol N° 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

Disponible en

<http://www.humanrights.coe.int/Prot12/Protocol%2012%20and%20Exp%20Rep.htm#EXPLANATORY REPORT>

Hinojosa, C., “La apropiación de los derechos”, 6 de junio de 2002, Letra S, México.

Disponible en <http://www.jornada.unam.mx/2002/06/06/ls-lesbianas.html>

Informe del Grupo de Alto Nivel sobre la Alianza de Civilizaciones, Noviembre, 2006.

Disponible

en

<http://www.maec.es/es/Home/Alianza/Documents/INFORMEGRUPOALTONIVEL.pdf>

Mazzuelos, A., “Soft Law: ¿Mucho ruido y pocas nueces?”, en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, v. 8 (2004)

Disponible en <http://www.reei.org/reei8/articulos8.htm>

Text of the Framework Convention and Explanatory Report for the Protection of National Minorities,

Disponible en <http://conventions.coe.int/treaty/en/Reports/Html/157.htm>

Torre Martinez, C. de la (Coordinador), *Derecho a la no discriminación*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, México, 2006.

Disponible en <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=2312>

* DOCUMENTACION DE NACIONES UNIDAS

De la Asamblea General

A/55/341

A/52/3/Rev. 1 (1997)

A/S-23/10/Rev.1
A/56/326
A/59/782
A/59/710
A/64/665
A/65/162
A/49/38
A/52/38/Rev.1
A/53/38/
A/54/38/Rev. 1
A/56/38
A/64/290
A/57/10
A/65/10
A/61/10
A/63/10
A/56/156
A/52/231
A/62/446
A/64/L.64
A/CONF.48/14/Rev.1
A/CONF.157/23
A/CONF.171/13
A/CONF.32/41
A/CONF.151/26 (Vol. I)
A/CONF.116/28/Rev.
A/CONF.177/L.2
A/CONF.177/20
A/CONF.189/12
A/CONF.183/9
A/RES/60/262
A/RES/48/104
A/RES/18/1962 (XVIII)
A/RES/56/83
A/RES/59/35
A/RES/2542 (XXIV)
A/RES/64/289

A/RES/45/129
A/RES/61/295
A/RES/55/2
A/RES/48/104
A/HRC/15/20
A/HRC/12/10
A/HRC/4/20/Add.2
A/HRC/4/WG.3/6
A/HRC/RES/7/22
A/HRC/WG.6/1/POL/3
A/HRC/7/L.11
A/HRC/7/34
A/HRC/7/24
A/HRC/8/12
A/C.3/65/L.29/Rev.1
A/C.3/65/L.65
A/CN.4/L.682
A/S-23/10/Rev.1
Resolución 60/251
Resolución 3318 (XXIX)
Resolución 56 (I)
Resolución 1040 (XI)
Resolución 260 A (III)
Resolución 2263 (XXII)
Resolución 1235 (XLII)
Resolución 1503 (XLVIII)
Resolución 3520 (XXX)
Resolución 1763 A (XVII)
Resolución 317 (IV)
Resolución 54/263
Resolución 57/306
Resolución 217/A (III)
Resolución 217 c (III)
Resolución 260 A (III)
Resolución 1514 (XVI)
Resolución 2625 (XVI)
Resolución A/1962 (XVIII)

Resolución 2749 (XXV)
Resolución 48/104
Resolución 428 (V)
Resolución 40/144
Resolución 41/128
Resolución 47/135
Resolución 61/295
Resolución 1514 (XVI)
Resolución 32/105 M
Resolución 3068 (XXVIII)
Resolución 2749 (XXV)
Resolución 2001/57
Resolución 1994/45

Del Consejo Económico y Social

E/CN.4/Sub.2/2000/11
E/CN.4/Sub.2/2001/15
E/CN.4/Sub.2/2002/21
E/CN.4/Sub.2/1986/7
E/CN.4/2004/66
E/CN.4/1996/53/Add.2
E/CN.4/RES/1999/44
E/CN.4/2002/94
E/CN.4/2005/64/Add.3
E/CN.4/2006/16/Add.3, párrafo 40.
E/CN.4/2006/74
E/CN.4/2001/94
E/CN.4/2002/76
E/CN.4/2004/49
E/CN.4/RES/2005/34
E/CN.4/RES/2004/37
E/CN.4/RES/2003/53
E/CN.4/RES/2002/36
E/CN.4/RES/2000/31
E/C.12/1995/16/Rev.1
E/C.12/2000/4
E/C.12/GC/20

E/C.12/2000/13
E/C.12/2005/4
E/C.12/1999/10
E/C.12/1994/13
E/C.12/1/Add. 105
E/2007/INF/2/Add.1
E/CN.6/1995/5/Add.1
E/CN.6/1995/5/Add.3
E/CN.6/1995/5/Add.2
E/CN.6/1995/5/Add.5
E/CN.6/1995/5/Add.4
E/CN.6/2005/L.1
E/CN.6/1995/5/Add.1
E/CN.6/2000/PC/4
E/C.12/GC/20
E/CN.4/RES/2005/38
E/RES/2000/22
E/1989/22
E/1991/23
E/2004/59.
ECOSOC/2009/12
ECOSOC 2006/36
ECOSOC/2009/71
ECOSOC/2008/34
Resolución ECOSOC 11 (II)
Resolución ECOSOC 1982/34

Del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados

HCR/GIP/02/02
HCR/GIP/02/01
HRI/GEN/1/Rev.2.
HCR/PI/Q&A-UK1.PM5/

Del Consejo de Seguridad

S/RES/1325 (2000)
S/RES/1820 (2008)
S/RES/ 798 (1992)

S/RES/1888 (2009)
S/RES/1889/2009
S/2010/173
S/2007/567
S/RES/1894 (2009)
S/2000/693

Del Secretario General de las Naciones Unidas

SG/A1101 AFR/1600 BIO/3943
SG/A/1206 BIO/4148
SG/A1104 AFR/1603 BIO/3946
ST/SGB/2003/13, Sección 1
ST/SGB/2003/13

Del Comité de Derechos Humanos

CCPR/C/21/Rev.1/Add.11
CCPR/C/50/D/488/1992
CCPR/C/51/D/417/1990
CCPR/C/51/D/417/1990
CCPR/C/74/D/919/2000
CCPR/C/44/D/415/1990
CCPR/C/29/D/172/1984
CCPR/C/29/D/182/1984
CCPR/C/65/D/716/1996
CCPR/C/48/D/501/1992
CCPR/C/51/D/484/1991
CCPR/C/66/C/786/1997
CCPR/C/CHL/CO/5
CCPR/C/15/D/61/1979
CCPR/C/75/D/902/1999
CCPR/C/78/D/941/2000
CCPR/C/89/D/1361/2005
CCPR/C/89/D/1361/2005
CCPR/C/21/Rev.1/Add.6
CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, párrafo 3

Del Comité para la Eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer

CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO

CEDAW/C/ECU/CO/7

CEDAW/C/GUA/CO/7

CEDAW/C/DEU/CO/

CEDAW/C/NLD/CO/

CEDAW/C/KGZ/CO/3

Del Comité contra la Tortura

CAT/C/CRI/CO/2, de 7 de julio de 2008.

Del Comité de Derechos del Niño

CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003, párrafo 6.

CRC/GC/2003/3, de 17 d

Otros documentos de Naciones Unidas

HRI/GEN/1/Rev.7

HRI/GEN/1/Rev.2

HRI//GEN/1/Rev.9 (Vol.I)

*** DOCUMENTACION DE LA ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS**

Ser.G CAJP/GT/RDI-15/05

Ser.G CAJP/GT/RDI-16/05

Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 11

Ser.G CAJP/GT/RDI-57/07 rev. 13

Ser.L/V/II.117, Doc. 1 rev. 1

Ser.L/V/II. Doc. 68

Ser/L/V/II.131 doc. 26

Ser.L/V/II.111, Doc. 20 rev.

Ser.G CP/CAJP-2739/09

AG/RES.1707(XXX-O/00)

AG/RES.1915(XXXIII-O/03)

AG/RES.2092 (XXXV-O/05)

AG/RES. 2501 (XXXIX-O/09)

AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09)

AG/RES. 2606 (XL-O/10)

AG/17-09

CP/RES.759(1217/99)

CP/RES. 840 (1361/03)

*** DOCUMENTACION DEL CONSEJO DE EUROPA**

Recomendación No. R (98) 14 - Comité de Ministros

Recomendación CM/Rec (2007)13 - Comité de Ministros

Recomendación CM/Rec (2008) - Consejo de Ministros

Reglamento (CE) No. 1922/2006 - Parlamento Europeo

Recomendación 924 (1981) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Recomendación 1117 (1989) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Recomendación 1474 (2000) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Resolución 1728 (2010) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Recomendación 1915 (2010) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Resolución 1366 (2004) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Resolución 1426 (2005) - Asamblea Parlamentaria del Consejo

Resolución 230 (2007) - Congreso de Poderes Locales y Regionales

Recomendación 211 (2007) - Congreso de Poderes Locales y Regionales

*** DOCUMENTACION DE OTRAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES**

COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Demanda contra Chile, Caso 12.602, Karen Atala e hijas contra Chile, 2010

Informe de Admisibilidad N° 71/99 Caso Marta Lucía Álvarez Giraldo contra Colombia

Informe de Admisibilidad N° 42/08 Caso Karen Atala e hijas contra Chile

Informe de Fondo N° 48/98, Caso Carlos Alberto Marín Ramírez contra Colombia

Informe de Fondo N° 4/01 Caso María Eugenia Morales de Sierra contra Guatemala

Informe de Fondo N° 73/00 Caso Marcelino Henríquez contra Argentina

Informe de Fondo N° 54/01 Caso Maria Da Pena Fernandes contra Brasil

*** SENTENCIAS JUDICIALES**

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Caso “Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium” con Bélgica (Application N° 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64)

Caso Dudgeon con Reino Unido (Application no. 7525/76)

Caso Kilic contra Turquía (Application N° 22492/93)

Caso Osman contra Reino Unido, (Application N° 23452/94)

Caso Opuz con Turquía (Application N° 33401/02)

Caso Van Raalte contra Países Bajos (Application no. 20060/92)

Caso Zaunegger contra Alemania (Application no. 22028/04)

Caso Marckx con Bélgica (Application no. 6833/74)

Caso Abdulaziz, Cabales y Balkandali con Reino Unido (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81)

Caso Hoffmann con Austria (Application no. 12875/87)

Caso Karlheinz Schmidt con Alemania (Application no. 13580/88)

Caso S.H. y Otros con Austria (Application no. 57813/00)

Caso Ciubotaru con Moldavia (Application no. 27138/04)

Caso Peck con Reino Unido (Application no. 44647/98)

Caso Bensaid con Reino Unido (Application no. 44599/98)

Caso Niemietz con Alemania (Application no. 13710/88)

Caso Norris con Irlanda (Application no. 10581/83)

Caso Modinos con Chipre (Application no. 15070/89)

Caso A.D.T. con Reino Unido (Application no. 35765/97)

Caso Sutherland con Reino Unido (Application no. 25186/94)

Caso L. and V. con Austria (Applications nos. 39392/98 and 39829/98)

Caso Salgueiro da Silva Mouta con Portugal (Application no. 33290/96)

Caso Hoffman con Austria (Application no. 12875/87)

Caso Karlheinz Schmidt con Alemania (Application no. 13580/88)

Caso Frette con Francia (Application no. 36515/97)

Caso EB con Francia (Application no. 43546/02)

Caso Karner con Austria (Application no. 40016/98)

Caso Korelc con Eslovenia (Application no. 28456/03)

Caso Kozak con Polonia (Application no. 13102/02)

Caso J.M. con Reino Unido (Application no. 37060/06)

Caso Schalk and Kopf con Austria (Application no. 30141/04)

Caso Smith and Grady con Reino Unido (Applications nos. 33985/96 and 33986/96)

Caso Lustig-Prean and Beckett con Reino Unido (Applications nos. 31417/96 and 32377/96)

Caso Niemitz con Alemania (Applications no. 13710/88)

Caso Brown con Reino Unido (Application no. 52770/99)

Caso Hunt and Miller con Reino Unido (Applications nos. 10578/05 and 10605/05)

Caso Stavros Marango con Chipre (Application no. 12846/05)

Caso Laskey, Jaggard y Brown con Reino Unido (Applications no. 21627/93, 21826/93 y 21974/93)

Caso Bączkowski y Otros con. Polonia (Application no. 1543/06)

Caso S.H. y Otros con Austria (Application no. 57813/00)

Caso Ciubotaru con Moldavia (Application no. 27138/04)

Caso Peck con Reino Unido (Application no. 44647/98)

Caso Perry con Reino Unido (Application no. 63737/00)

Caso Pretty con Reino Unido (Application no. 2346/02)

Caso Bensaid con Reino Unido (Application no. 44599/98)

Caso I. con Reino Unido (Application no. 25680/94)

Caso Christine Goodwin con Reino Unido (Application no. 28957/95)

Caso Van Oosterwijck con Bélgica (Application no. 7654/76)

Caso Rees con Reino Unido (Application no. 9532/81)

Caso Cossey con Reino Unido (Application no. 10843/84)

Caso B con Francia (Application no. 13343/87)

Caso Sheffield y Horsham con Reino Unido (Application no. (31–32/1997/815–816/1018–1019)

Caso Schalk and Kopf con Austria (Application no. 30141/04)

Caso X, Y, Z con Reino Unido (Application no. 21830/93)

Caso L. contra Lituania (Application no. 27527/03)

Caso Kuck versus Alemania, (Application N° 35968/97)

Caso Schlumpf con Suiza (Application no. 29002/06)

Caso Grant con Reino Unido (Application no. 32570/03)

Caso Tyrer con Reino Unido (Application no. 5856/72)

Caso Soering con Reino Unido (Application no. 14038/88)

Caso Loizidou con Turquía (Application no. 15318/89)

Caso Henaf con Francia (Application no. 65436/01)

Caso Alajos Kiss con Hungría (Application no. 38832/06)

Caso Zaunegger contra Alemania (Application no. 22028/04)

Caso Marckx contra Bélgica (Application N° 6833/74)

Caso Rasmussen contra Dinamarca (Application N° 8777/79)

Caso James y otros con Reino Unido (Application N° 8793/79)

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Caso Hilarie, Constantine, Benjamin y Otros con Trinidad y Tobago, Serie C N° 94

Caso de las Niñas Yean y Bosico con República Dominicana, Serie C N° 130

Caso 19 comerciantes con Colombia, Serie C N° 109, de 5 de julio de 2004

Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri con Perú, Serie C N° 110

Caso Instituto de Reeducación del menor con Paraguay, Serie C N° 112

Caso González y otras (“Campo Algodonero”) con México, Serie C N° 205.

Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras, Serie C N° 4

Caso Masacre de Mapiripán con Colombia, Serie C N° 134

Caso de la Masacre de Pueblo Bello contra Colombia, Serie C N° 140

Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay, Serie C N° 146

Caso del Penal Miguel Castro Castro con Perú, Serie C N° 160

Caso Valle Jaramillo y otros contra Colombia, Serie C N° 192

Caso La Última tentación de Cristo (Olmedo y otros) contra Chile, Serie C N° 73

Caso Palamara Iribarne contra Chile, Serie C N° 135

Caso Claude Reyes y otros contra Chile, Serie C N° 151

Caso Almonacid Arellano y otros contra Chile, Serie C N° 154

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA

Caso del Estrecho de Corfú (1949)

Casos del Sudoeste Africano, entre Etiopía y Liberia con Sudáfrica (1966)

Caso de la Barcelona Traction (1970)

Asunto del Personal Diplomático y Consular de EE.UU. en Teherán (1980)

Caso de las Actividades Militares y Paramilitares de EE.UU. en y contra Nicaragua (1986)

Caso de Timor Oriental (1995)

Asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio (1996)

Caso LaGrand entre República Federal de Alemania y Estados Unidos (2001)

Caso Avena y otros nacionales mexicanos, México contra Estados Unidos (2001)

Asunto relativo a la aplicación del Convenio para la prevención y la represión del crimen de genocidio, entre Bosnia Herzegovina y Serbia Montenegro (2007)

*** OPINIONES CONSULTIVAS**

De la Corte Internacional de Justicia

Asunto de los Tratados de Paz con Bulgaria, Hungría y Rumanía (1950)

Asunto sobre las Reservas a la Convención sobre genocidio (1951)

Casos del Sudoeste Africano, entre Etiopía y Liberia con Sudáfrica (1971)

Asunto del Sahara Occidental (1975)

Asunto de la Legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares (1996)

Asunto sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en territorio palestino ocupado (2004)

De la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Opinión Consultiva OC-4/84, sobre Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización

Opinión Consultiva OC-16/99, sobre el Derecho a la información sobre la Asistencia Consular en el marco de las garantías del debido proceso legal

Opinión Consultiva OC-17/02, sobre Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño

Opinión Consultiva OC-18/03, sobre Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes indocumentados

Del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Opinión Consultiva, de 12 de febrero de 2008

*** PAGINAS WEB**

<http://www.acnur.org/t3/> (Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados)

<http://www.afrol.com/es/> (Afrol News)

<http://www.agmagazine.info/category/general/> (Actualidad Gay Magazine - Argentina)

http://www.aict-ctia.org/courts_conti/achpr/achpr_home.html (African International Courts and Tribunals)

<http://www.africasexuality.org> (African Federation for Sexual Health and Rights)

<http://www.amnesty.org/es> (Amnistía Internacional - España)

<http://www.amnistia.cl/web/> (Amnistía Internacional - Chile)

<http://www.argentina.ar/noticias.php> (Argentina en Noticias - Argentina)

<http://www.bancomundial.org/> (Banco Mundial)

<http://www.bbc.co.uk/mundo/> (BBC Mundo)

<http://www.bcn.cl/> (Biblioteca del Congreso Nacional de Chile)

<http://www.boe.es/> (Boletín Oficial del Estado - España)

<http://www.camara.cl/> (Cámara de Diputados - Chile)

<http://www.catholicnewsagency.com/headlines/> (Catholics New Agency)

<http://www.choike.org/nuevo/> (Choike)

<http://www.cidh.oas.org/DefaultE.htm> (Comisión Interamericana de Derechos Humanos)

<http://www.coe.int> (Consejo de Europa)

<http://www.codhes.org> (Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento - Colombia)

<http://www.comisiondefensoraciudadana.cl/index.php> (Comisión Defensora Ciudadana - Chile)

<http://www.congreso.gov.ar/> (Congreso de la Nación Argentina)

<http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm> (National Constitutions)

<http://www.corteidh.or.cr/> (Corte Interamericana de Derechos Humanos)

<http://www.dosmanzanas.com/> (Dos Manzanas - España)

<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Case-Law/HUDOC/HUDOC+database/> (HUDOC)

<http://www.elmundo.es/> (Diario El Mundo - España)

<http://www.elpais.com/global/> (Diario El País - España)

<http://www.eluniversal.com.mx/noticias.html> (Diario El Universal - México)

<http://www.emol.com/> (Diario El Mercurio - Chile)

http://www.echr.coe.int/echr/Homepage_EN (Corte Europea de Derechos Humanos)

http://www.es.refugeelawreader.org/index.php?option=com_content&view=article&id=202&Itemid=228 (The Refugee Law Reader)

http://europa.eu/index_es.htm (Portal de la Unión Europea)

<http://www.europapress.es/> (Agencia Europea de Prensa - España)

<http://www.europeansexology.com/> (European Federation of Sexology)

<http://www.flacso.cl> (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales – FLACSO Chile)

<http://fudis.blogspot.com/> (Federación Uruguaya de la Diversidad Sexual)

<http://www.flasses.net/> (Federación Latinoamericana de Sociedades de Sexología y Educación Sexual - FLASSES)

<http://www.ggb.org.br/welcome.html> (Grupo Gay da Bahía - Brasil)

<http://www.globovision.com/> (Globovisión - Venezuela)

<http://www.hrea.org> (Human Rights Education Associates)

<http://www.hrw.org> (Human Rights Watch)

<http://www.huairou.org/index.html> (Comisión Huairou)

<http://www.humanas.cl/> (Corporación Humanas - Chile)

<http://www.icmer.org/> (Instituto Chileno de Medicina Reproductiva - Chile)

<http://www.icj-cij.org/> (Corte Internacional de Justicia)

<http://www.icty.org/> (Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia)

<http://www.ilga.org/> (International Lesbian, Gay, Bisexual, Trans and Intersex Association)

<http://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm> (Organización Internacional del Trabajo)

<http://www.imf.org/external/index.htm> (Fondo Monetario Internacional)

<http://www.indh.cl/> (Instituto Nacional de Derechos Humanos - Chile)

http://www.itlos.org/start2_en.html (Tribunal Internacional del Mar)

<http://www.lamorada.cl/> (Corporación La Morada - Chile)

<http://www.lanacion.cl/> (Diario La Nación - Chile)

<http://latercera.com/> (Diario La Tercera - Chile)

<http://www.lgbt.org.ar/home.php> (Federación Argentina de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Trans)

http://www.mineduc.cl/index0.php?id_portal=1 (Ministerio de Educación - Chile)

<http://www.minsal.cl/> (Ministerio de Salud - Chile)

<http://www.minsepres.gob.cl/portal/menu/inicio.html> (Ministerio Secretaría General de Presidencia - Chile)

<http://www.movilh.org/> (Movimiento de Integración y Liberación Homosexual - Chile)

<http://www.mums.cl/sitio/home.htm> (Movimiento por la Diversidad Sexual - Chile)

<http://www.nacersano.org/> (March of Dimes)

<http://www.nafso.org/> (North American Federation of Sexuality Organization)

<http://www.nytimes.com/> (Diario The New York Times - Estados Unidos de Norteamérica)

<http://www.oas.org/es/> (Organización de Estados Americanos)

<http://www.ohchr.org/english/> (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de las Naciones Unidas)

<http://www.oij.org/> (Organización Iberoamericana de Juventud)

<http://www.opusgay.cl/1315/channel.html> (Periódico Opus Gay - Chile)

<http://www.osce.org/> (Organization for Security and Co-operation in Europe)

http://www.paho.org/home_spa.htm (Organización Panamericana de la Salud)

<http://www.parlamento.gub.uy/palacio3/index1024.asp?e=1&w=1024> (Parlamento del Uruguay)

<http://www.poderjudicial.cl/> (Poder Judicial de la República de Chile)

<http://www.psych.org/> (American Psychiatric Association)

<http://www.senado.cl/> (Senado de la República - Chile)

<http://www.sidachile.cl/index.html> (Corporación Sida Chile - Chile)

<http://www.stp2012.info/old/> (Stop Trans Pathologization)

<http://www.thetimes.co.uk/tto/news/> (Diario The Times - Reino Unido)

<http://www.time.com/time/> (Revista Time - Estados Unidos de Norteamérica)

<http://transexualesdechile.org/> (Organización de Transexuales por la Dignidad de la Diversidad - Chile)

<http://www.tribunalconstitucional.cl/> (Tribunal Constitucional de Chile)

<http://www.tribunalconstitucional.es/es/Paginas/Home.aspx> (Tribunal Constitucional de España)

<http://www.un.org> (Organización de las Naciones Unidas)

<http://www.un.org/spanish/CMCR/> (Conferencia Mundial contra el Racismo, la discriminación racial, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia)

<http://www.undp.org> (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo)

<http://www.unesco.org/new/es/unesco/> (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

<http://www.unfpa.org/public/> (Fondo de Población de las Naciones Unidas)

<http://www.unictr.org/> (Tribunal Penal Internacional para Rwanda)

<http://www.un-instraw.org/en> (Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación para la Promoción de la Mujer - ONU)

<http://www.unifem.org/> (Fondo para proyectos de mujeres de países en desarrollo - ONU)

<http://www.un.org/law/ilc> (Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas)

<http://www.un.org/spanish/millenniumgoals/> (Objetivos de Desarrollo del Milenio)

<http://www.unodc.org/> (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito)

<http://www.unaids.org/es/default.asp> (Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA)

<http://www.unicef.org/> (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia)

<http://www.universogay.com/> (Universo Gay)

<http://www.unwomen.org/> (Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer - ONU Mujeres)

http://www.vatican.va/phome_sp.htm (Página oficial de la Santa Sede)

http://www.wpath.org/about_wpath.cfm (The World Professional Association for Transgender Health)

<http://www.whitehouse.gov/> (The White House - Estados Unidos de Norteamérica)

<http://www.who.int/es> (Organización Mundial de la Salud)

<http://www.worldsexology.org/> (World Association for Sexual Health)

<http://www.wto.org/indexsp.htm> (Organización Mundial del Comercio)

http://www.yogyakartaprinciples.org/principles_sp.htm (Principios de Yogyakarta)

<http://www.ypinaction.org/> (Principios de Yogyakarta en acción)